



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

WALMIRIA VICENTE CAVARZAN

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE
A ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS E DA
JURISPRUDÊNCIA DO STF**

**Brasília
2007**

WALMIRIA VICENTE CAVARZAN

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - A ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ASPECTOS
DOCTRINÁRIOS E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu*, na área
DIREITO PÚBLICO E FINANÇAS
PÚBLICAS.

Orientador: Mestre João Carlos
Aragão.

**Brasília
2007**

WALMIRIA VICENTE CAVARZAN

**CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - A ARGÜIÇÃO DE
DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ASPECTOS
DOUTRINÁRIOS E DA JURISPRUDÊNCIA DO STF**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu*, na área
DIREITO PÚBLICO E FINANÇAS
PÚBLICAS.

Brasília, 5 de julho de 2007.

Banca Examinadora

Mestre João Carlos Aragão

Prof. Adriano da Nóbrega

Profª. Tânia

**Brasília
2007**

Aos meus pais e irmãos, pela paciência
despendida ante o tempo de dedicação que
lhes foi furtado.

Aos meus amigos, meus colegas de trabalho
e todos aqueles que toleraram minha apreensão
durante a realização do trabalho, principalmente
você Júnior.

Aos que, direta ou indiretamente,
contribuíram para o desenvolvimento
deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus por ter-me proporcionado a conclusão de mais esta tarefa.

Agradeço aos meus pais, irmãos, amigos, os colegas do curso e do trabalho e a você Júnior, pela amizade dedicada, apoio e estímulo nas horas de agruras.

Agradeço, de modo especial, a ajuda dos professores, que souberam orientar, estimular e manter-me firme no caminho desta conquista.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	11
1.1 Evolução Histórica Do Controle De Constitucionalidade No Brasil	20
1.2 Controle Preventivo De Constitucionalidade	25
1.3 Controle Repressivo De Constitucionalidade	28
2 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL	30
2.1 Controle Difuso De Constitucionalidade	31
2.2 Controle Concentrado De Constitucionalidade	32
2.2.1 <i>Ação Direta De Inconstitucionalidade</i>	36
2.2.2 <i>Ação Direta De Inconstitucionalidade Por Omissão</i>	46
2.2.3 <i>Ação Declaratória De Constitucionalidade</i>	48
3 INOVAÇÕES DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	50
3.1 Preceito Fundamental	57
3.1.1 <i>O Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana</i>	62
3.1.2 <i>O Princípio Da Legalidade</i>	64
3.1.3 <i>O Princípio Da Autonomia Da Vontade</i>	65
3.1.4 <i>O Princípio Da Igualdade</i>	65
3.2 Ato Do Poder Público	68
3.3 Normas Anteriores À Constituição	73
3.4 Controle Da Constitucionalidade Dos Atos Normativos Municipais	77
4 PROCESSO E JULGAMENTO DA AÇÃO DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL	82
CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS	94
BIBLIOGRAFIA	99
ANEXO A	100
ANEXO B	104
ANEXO C	106

RESUMO

O presente trabalho acadêmico visa trazer em suas linhas uma discussão polêmica e inovadora no direito positivo brasileiro. Em um certo momento a Arguição de descumprimento de preceito fundamental era apenas uma previsão constitucional inserida pelo legislador originário na Constituição de 1988 por meio do § 1º do artigo 102, no entanto sem nenhuma aplicação efetiva ou imediata, já que previa eficácia limitada, o que exigia sua regulamentação por lei. Assim, na condição de letra morta, era vista com poucas especulações, pouco se falava ou se questionava sobre o que mais tarde viria a ser a mais nova ação de controle de constitucionalidade no país, capaz de atrair doutrinadores, magistrados, juristas e estudiosos na persecução da compreensão hermenêutica trazida pela promulgação da lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999. Mas a partir daí é que começam as críticas a respeito da lei: seria ela capaz de prever competência ao nosso tribunal constitucional, guardião das leis supremas do povo, natureza essa apenas do legislador originário e não de um legislador ordinário. A maior celeuma, percebida pelo estudo realizado, trata da previsão de controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais, um instituto novo, porém bastante vigoroso porque traz à baila a discussão sobre a vasta competência do Supremo Tribunal Federal, o que por certo dificulta sua segurança jurídica. Mas há ainda discussão sobre a própria interpretação da locução preceito fundamental, qual seria seu sentido e alcance diante do ordenamento jurídico brasileiro e de outros países. Também nos resta falar sobre o requisito elementar da proposição da ação arguição que vem a ser sua subsidiariedade, assim dizendo que o ajuizamento depende do exaurimento de todas as vias normais de controle jurisdicional de constitucionalidade. Resta saber que ao Supremo Tribunal Federal, guardião e interprete máximo de nossa constituição, foi atribuída a zelosa tarefa de pronunciar sobre a constitucionalidade ou não dessa mais nova ação objeto de controle concentrado de constitucionalidade.

Palavras-chave:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental; controle de constitucionalidade; segurança jurídica; subsidiariedade; controle concentrado.

ABSTRACT

The purpose of this work is to discuss a controversial and innovative subject of Brazilian law. Although the “Arguição de descumprimento de preceito fundamental” was included in the 1988 Constitution in the first paragraph of article 102, it had no immediate effect because it needed a law to bring it in to the judicial world. Therefore, it was seen as useless and few could foresee that it would become the newest tool for constitutional control with the publication of Law nº 9.882 on December 3rd, 1999, attracting the attention of judges, students, jurists and doctrinaires. With the new law came the criticism, especially relating to the innovations brought by it. The main debate identified by this paper relates to the constitutional control of municipal laws and acts, because of the issues it raises on the Supreme Court’s competencies. Aside from that, there is also the discussion of what the term “preceito fundamental” actually represents. We also discuss the ADPF’s supplementary element which requires that all the other constitutional control tools not be applicable in order for it to be used. Finally, it is important to remember that the task of declaring the constitutionality, or not, of this new tool was left to the Supreme Court.

Key-words:

challenge descumprimento basic rule; legal security; control constitutionality; supplementary; intent

INTRODUÇÃO

Como se observará no estudo apresentado, o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é bastante complexo, no entanto a fiscalização e controle se firmam com o propósito de fortalecer o ordenamento jurídico, o que garante pleno exercício de cidadania e reforça o regime democrático do país, daí a relevância de implantação de mecanismos de fiscalização da constitucionalidade capaz de garantir a supremacia da Constituição.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) foi instituída pelo artigo 102, § 1º da Constituição Federal de 1998, na condição de ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), na forma da lei, merecendo sua regulamentação pela Lei 9.882/99, que disciplina o seu processo e julgamento.

Sua criação tem a finalidade de suprir a lacuna da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), que não pode ser proposta contra normas editadas antes da Constituição de 1988, assim como não prevê a possibilidade de declarar constitucionalidade ou não de Direito Municipal.

Na prática o sistema deve se traduzir em eficiente método capaz de reduzir ou controlar o hercúleo número de recursos que hoje assola o Supremo Tribunal Federal, um problema que, além de retardar a efetividade dos processos, provoca a instabilidade jurídica o que acaba por desvirtuar sua finalidade: ser guardião e intérprete da carta pátria.

Segundo informações do Banco Nacional de Dados do Poder

Judiciário (BNDPJ)¹, do ano de 1988 até o dia 30 de junho de 2007 foram distribuídas 3.907 (três mil, novecentos e sete) ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, sendo 90 (noventa) ações diretas de inconstitucionalidade por omissão. Desse total 2.938 (duas mil, novecentos e trinta e oito) já foram julgadas, sendo que ainda estão em tramitação 1.482 (mil quatrocentos e oitenta e duas) ações.

Esse grande número de processos ganha status mais relevante quando se percebe que, no período entre 1990 e 2007, o número de recursos extraordinários e agravos cresceu em dose cavalgar, chegando na atualidade a um total de 678.990 (seiscentos e setenta e oito mil, novecentos e noventa) processos distribuídos para os onze ministros representantes da Corte suprema do país.

Diante dessa realidade, ainda compete refletir sobre a produção de normas parlamentares, sejam elas ordinárias, complementares, e ainda as leis estaduais, dados que seguramente deixam uma percentagem dessas leis sujeitas à apreciação posterior do Supremo Tribunal Federal quanto a sua constitucionalidade ou não.

Diante das inovações erigidas pela nova norma de controle concentrado, a ADPF também trouxe muita discussão sobre seus contornos e dimensões, a maior celeuma é a que trata da previsão de controle de constitucionalidade dos atos normativos municipais, um instituto novo, porém bastante vigoroso porque traz à baila a discussão sobre a vasta competência do Supremo Tribunal Federal, o que por certo dificulta sua segurança jurídica. Mas há ainda discussão sobre a própria interpretação da locução preceito fundamental, qual seria seu sentido e alcance

9

¹Ver em anexo tabelas de números de ações originárias e de recursos extraordinários e agravos

diante do ordenamento jurídico brasileiro e de outros países.

Assim nos cabe refletir e considerar a necessidade de se definir os contornos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Para se ter uma idéia, até o presente momento (13/03/2006), segundo consulta no sítio do STF, 88 dessas medidas já foram ajuizadas, alcançando apenas uma delas decisão de mérito, em 12/12/2005. Sabe-se que dentre essas algumas encontram sobrestadas aguardando o julgamento da ADIn nº 2.231/DF, ação que questiona o alargamento, pela via ordinária, da competência do STF para julgar atos normativos. Em apenas uma, a liminar foi deferida e referendada pelo Plenário, trata-se da ADPF nº 33, sendo relator o Ministro Gilmar Mendes.

Todavia, percorrendo doutrinas assim como jurisprudências do STF, analisarei a mais recente norma de controle concentrado de constitucionalidade introduzida pela Emenda Constitucional nº 3 de 1993, no artigo 102, § 1º, da Constituição Federal: a Arguição de descumprimento de preceito fundamental, regulada pela lei nº 9.882 de 1999. Falarei de suas peculiaridades: os estudos de seu projeto de lei, o termo “preceito fundamental”, os legitimados para sua interposição, os requisitos de sua proposição, o caráter supletivo, do julgamento e processamento, o efeito vinculante, do pedido de liminar, entre outros assuntos dos quais são importantes.

1 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A idéia de constitucionalismo e supremacia de normas fundamentais sobre as demais centraliza-se em um ponto crucial: a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a inclusão de princípios básicos da igualdade e da legalidade.

A supremacia constitucional adquiriu tanta importância nos Estados Democráticos de Direito que Capelletti (1984, p. 599) afirmou que o nascimento e a expansão dos sistemas de justiça constitucional, após a Segunda Guerra Mundial foram um dos fenômenos de maior relevância na evolução de inúmeros países europeus.

Convém observar também a Teoria Pura do Direito, traçada por Kelsen (1995) segundo a qual a Constituição está no topo de uma ordem escalonada de normas, conferindo-lhes (ou não) validade, de acordo com a concordância dessas normas com os preceitos constitucionais superiores.

Sobre a supremacia da Constituição como lei fundamental, Canotilho (1991, p. 41) conclui seu entendimento da seguinte forma:

Juridicamente, porém, a Constituição deve ser entendida como a lei fundamental e suprema de um Estado, que contém normas referentes à estruturação do Estado, à formação dos poderes públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos, garantias e deveres dos cidadãos. Além disso, é a Constituição que individualiza os órgãos competentes para a edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

Discorrendo sobre o princípio da supremacia da Constituição Federal e o controle de constitucionalidade, José Afonso da Silva (2000, p. 45) sustenta que:

Nossa Constituição é rígida. Em consequência, é a lei fundamental e

suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos.

Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.

Define Moraes (1999, p. 535) que:

O controle de constitucionalidade configura-se, portanto, como garantia de supremacia dos direitos e garantias fundamentais previstos na constituição que, além de configurarem limites ao poder do Estado, são também uma parte da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de Direito.

Ainda a esse respeito Moraes (1999, p. 33) aponta que a origem formal do constitucionalismo moderno está ligada às Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, em 14-9-1787, após a independência das 13 Colônias, e da França, em 1791, a partir da Revolução Francesa. Para o referido autor, “o direito norte-americano apresenta dois traços marcantes: a organização do Estado e a limitação do Poder Estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”.

Embora para Jorge Miranda (apud Moraes, 1999, p. 33) este direito tenha iniciado desde à época colonial:

O Direito Constitucional norte-americano não começa apenas nesse ano. Sem esquecer os textos da época colonial (antes de mais, as *Fundamental Orders of Connecticut* de 1639), integram-no desde logo, em nível de princípios e valores ou de símbolos, a Declaração da Independência, a Declaração de Virgínia e outras Declarações de Direitos dos primeiros Estados.

Com a pretensão de limitar o poder estatal, a Constituição dos Estados Unidos nasce com regras básicas de separação dos Poderes e dos direitos humanos fundamentais.

É nesse marco inicial que para Moraes (1999, p. 33):

O Direito Constitucional firma-se como um ramo do Direito Público, destacado por ser *fundamental* à organização e funcionamento do Estado, à articulação de seus elementos primários e ao estabelecimento das bases da estrutura política.

Daí o surgimento do Direito Constitucional como norma diretriz, capaz de estabelecer regras de desenvolvimento e apoio ao Estado, capaz de constituir regras da organização política e social do país.

Segundo Mendes (1990, p. 03), "as constituições escritas são apanágio do Estado Moderno" e esta idéia consolidou-se na segunda metade do séc. XVIII, com a independência americana e com a Revolução Francesa.

A necessidade de um documento escrito foi defendida no sentido de garantir a sua permanência, evitando-se o esquecimento, bem como a rigidez de seus comandos, visto que sendo a constituição a expressão da vontade legislativa do povo, a qual não se dá com freqüência, não poderia ela ser modificada ao bel-prazer do legislador ordinário.

Desse modo, estabeleceu-se o princípio de que os comandos constitucionais estão acima das leis ordinárias, posto que a própria constituição traz todo o ordenamento jurídico do Estado fixando suas atribuições e competências.

Entretanto, já nos primórdios do constitucionalismo os princípios da supremacia constitucional e de seu corolário foram estabelecidos, pois uma constituição que pode ser modificada através do processo legislativo ordinário não está numa posição hierárquica superior às leis ordinárias. Assim, como narra Afonso da Silva (2000, p. 50) "o princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição".

Todavia segundo as lições de Cartaxo Júnior (2005, p. 01), as situações

jurídicas podem ser anteriores ou posteriores à promulgação da Constituição. Às situações anteriores que se encontram em consonância com a Constituição acontece a figura da recepção, enquanto para as não conformes à Constituição acontece o oposto, ou seja, a não-recepção ou a revogação da norma.

Já as situações jurídicas posteriores à promulgação da Constituição, para o referido autor, podem ser constitucionais ou inconstitucionais, caso sejam conformes ou não conformes à Constituição.

No entanto, a idéia da existência do controle de constitucionalidade está intimamente ligada ao princípio da supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico, além de estar ligada à defesa dos direitos fundamentais e à própria rigidez constitucional. Em obediência a esses princípios, uma norma infraconstitucional não pode afrontar preceitos contidos na constituição, nem modificá-los ou suprimi-los.

Controle de constitucionalidade significa a verificação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional ou de ato normativo com a constituição. É o que Afonso da Silva (2000) chama de conceito da compatibilidade vertical. Esta verificação dá-se tanto no plano dos requisitos formais quanto dos requisitos materiais.

Na esfera dos requisitos formais, verifica-se se a norma foi produzida conforme o processo legislativo disposto na Constituição. É o que ensina Ferreira Filho (1997, p. 30):

Controle da constitucionalidade é, pois, a verificação da adequação de um ato jurídico (particularmente a lei) à Constituição. Envolve a verificação tantos dos requisitos formais – subjetivos, como a competência do órgão que a editou – objetivos, como a forma, os prazos, o rito, observados em sua edição – quanto dos requisitos substanciais – respeito aos direitos e às garantias consagrados na Constituição – de constitucionalidade do ato jurídico.

Já na esfera dos requisitos materiais, verifica-se a compatibilidade do objeto da lei ou ato normativo com a matéria constitucional. Havendo qualquer inobservância do processo legislativo constitucionalmente definido, por exemplo, lei complementar aprovada por maioria simples, ou lei ordinária versando sobre aumento do funcionalismo público cujo projeto seja de autoria de um parlamentar, ou disciplinando a norma uma matéria não conforme à Constituição, tal norma é inconstitucional.

No entanto, sem obstar a relevância de excluir a lei inconstitucional, seria de bom alvitre, a fim evitar a insegurança jurídica que supostamente pudesse surgir diante da controvérsia sobre determinada lei, que o procedimento do operador de direito fosse o de buscar a maneira de melhor conciliá-las, evitando a simples eliminação de uma norma pela outra.

Neste sentido, são as seguintes observações de Maximiliano (1998, p. 356), na clássica obra *Hermenêutica e aplicação do direito*, a seguir transcritas:

Contradições absolutas não se presumem. É dever do aplicador comparar e procurar conciliar as disposições várias sobre o mesmo objeto, e do conjunto, assim harmonizado, deduzir o sentido e alcance de cada uma. Só em caso de resistirem as incompatibilidades, vitoriosamente, a todo esforço de aproximação, é que se opina em sentido eliminatório da regra mais antiga, ou de parte da mesma, pois que ainda será possível concluir pela existência de antinomia irreduzível, porém parcial, de modo que afete apenas a perpetuidade de uma fração do dispositivo anterior, contrariada, de frente, pelo posterior.

Importante ressaltar que inconstitucionalidades também são aquelas que o legislador comete ao deixar de inserir uma norma que a Constituição previa expressamente. Nesse sentido, Ferrari (1999, p. 57) nos registra que “inconstitucional pode ser a ação ou omissão que ofende, no todo ou em parte a Constituição”. É o mesmo que dizer onde ocorre a omissão do Poder Público em

deixar de regulamentar dispositivo constitucional há também inconstitucionalidade. Nessa mesma direção, inconstitucionalidade para Ramos (apud Moraes, 1999, p. 576) é “a incompatibilidade entre a *conduta positiva* exigida pela constituição e a *conduta negativa* do Poder Público omissa, configura-se na chamada *inconstitucionalidade por omissão*”.

Daí o surgimento da ação de inconstitucionalidade por omissão, que se baseia na efetividade dos comandos constitucionais que dependam de regulamentação infraconstitucional, as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada, bem como as normas programáticas ².

A idéia de constitucionalismo é tão antiga quanto a existência do ser humano, embora seja através das constituições escritas a perfilação da supremacia, o fato é que, em período anterior era possível observar a supremacia de determinada lei, ou ainda de um conjunto de leis, sobre o ordenamento jurídico.

A primeira “notícia formal”³ que se teve de uma necessária condição de

16

² As normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, segundo Professor José Afonso da Silva, dividem-se em dois grupos: - normas de eficácia limitada, definidoras de princípio institutivo, que são aquelas que prevêem esquemas genéricos de instituição de um órgão ou entidade, cuja estruturação definitiva o legislador constituinte deixou para a legislação ordinária (por exemplo, a Lei da Magistratura prevista no art. 93) e - normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático, que são aquelas que traçam esquemas de fins sociais, que devem ser cumpridos pelo Estado, e não só pelos corpos legislativos, mediante uma providência normativa ou mesmo jurisdicional ou administrativa ulterior (por exemplo, o extenso rol de direitos conferidos à criança e ao adolescente, no art. 227, ou a proteção à terceira idade, no art. 230, embora o disposto no art. 230, § 2º, seja auto-aplicável). Normas programáticas são aquelas através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, certos interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios, para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos) como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. Exemplo de norma programática, a despeito do tom imperativo, é o disposto no art. 218 da Constituição: “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”. (SILVA, 1982, p. 270)

³ Conforme os ensinamentos de Saldanha, leia-se na expressão “notícia formal” como notícia com base no Direito Positivo, pois em sua obra Formação da Teoria Constitucional (1983, p. 125), o mesmo narra o seguinte: “O postulado da existência de uma norma cujo conteúdo fosse mais importante que o da demais radicou por certo tempo no jusnaturalismo. Em Althusius, por exemplo, ele encontra guarida. Era o próprio arcabouço do sistema, requeridor de coerência e simetria, que pedia uma diversidade de nível e de força entre as normas. Era também a necessidade de proteger conteúdos centrais da ordem (social, política, jurídica) contra o alcance do legislador ordinário. Este –

constitucionalidade dos atos estatais, sob pena de invalidade desses atos, deu-se através do pronunciamento do Juiz norte-americano Marshall, no caso *Marbury versus Madison*, em 1803, verdadeiro *leading case*, quando este magistrado verbalizou ao mundo uma idéia que jamais seria abandonada:

Ou a Constituição é a lei superior, intocável por meios ordinários, ou ela está no mesmo nível que os atos legislativos ordinários, e, como outros atos, é alterável quando a legislatura aprouver alterá-los. Se a primeira parte da alternativa é verdadeira, então um ato legislativo contrário à constituição não é lei, se a última é verdadeira, então as constituições escritas são tentativas absurdas por parte do povo de limitar um poder por sua própria natureza limitável. (FERREIRA FILHO, 1999, p. 83).

Hoje, a teoria indicada por Marshall, é tão atual que não se discute mais a supremacia constitucional em um Estado Democrático de Direito, mas apenas a escolha do sistema de constitucionalidade por eles adotados: um controle preventivo e ou um controle repressivo, ou as duas formas conjuntamente.

Ao discorrer sobre o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil cabe observar a Supremacia da Constituição, na síntese de Ferreira Filho (1999, p. 83), como o instrumento normativo mor do ordenamento jurídico, a quem todas as demais normas do sistema, legais ou não, deverão guardar o mais estrito respeito.

No entanto, falar sobre controle de Constitucionalidade é assaz aceitar a idéia de uma constituição rígida, ou ao menos semi-rígida, para a qual se exija um processo legislativo de mudança bem mais apurado e complexo, do que aquele previsto para a modificação de normas decrescentes.

O entendimento de Moraes (1999, p. 534) a respeito deste assunto é assim definido:

A idéia de intersecção entre o controle de Constitucionalidade e constituições

sobretudo na urgência das oscilações partidárias – poderia deformar ou mesmo destruir conquistas basilares obtidas dentro de um universo de valores que cabia proteger”.

rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará nas mãos do legislador ordinário.

É de se observar que o sistema de controle de constitucionalidade no Brasil é bastante complexo, mas a fiscalização e o controle se firmam com o propósito de fortalecer o ordenamento jurídico, o que garante pleno exercício de cidadania e reforça o regime democrático do país, daí a relevância deste tema.

Assim surgem no sistema jurídico nacional as ações constitucionais para a defesa dos direitos dos cidadãos, quais sejam: *Habeas Corpus*, *Habeas Data*, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Ação Popular, Ação Civil Pública, Ação de Impugnação do Mandato Eletivo e Ação de Improbidade Administrativa, que todavia são chamados de processos subjetivos. Já na esfera do processo objetivo aparecem as seguintes: Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Nesse sentido, quando a Carta Magna é violada ou ameaçada diretamente, ou indireta ou incidentalmente, o Judiciário, utilizando a prerrogativa de Poder Estatal, é o órgão legitimado constitucionalmente para a efetivação do texto pátrio, na manutenção e preservação de sua supremacia.

Para legitimar esta prerrogativa de Poder do Estado, a Carta Pátria adotou o sistema de controle judiciário de constitucionalidade repressivo para ser exercido na via de ação direta, ao prever no art. 102, I, a, da Constituição Federal, deferindo competência ao STF para processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, e acrescentou

através da Emenda Constitucional nº 3 de 1993 que a Argüição de descumprimento de preceito fundamental será apreciada pelo STF, na forma da lei.

Nesse mesmo intuito, adotou também o sistema de controle judiciário de constitucionalidade repressivo para ser exercido na via de exceção, segundo o qual todos os juízes e tribunais poderão realizar tal controle (art. 97 CF⁴).

Ressalte-se que a inconstitucionalidade de uma lei só pode ser aferida em face da Constituição de seu tempo, pelo que se entende, não se verifica viável lei editada sob a égide de uma Constituição anterior ser reputada inconstitucional. As leis anteriores à Constituição vigente e que com ela conflitem são revogadas. Já as leis passadas, se compatíveis com o atual Texto constitucional, são recepcionadas.

Não existe, portanto, inconstitucionalidade superveniente. Veja-se, neste sentido, o seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal:

CONSTITUIÇÃO – LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE – REVOGAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE – IMPOSSIBILIDADE – 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido". (STF – ADI 2 – DF – T.P. – Rel. Min. Paulo Brossard – DJU 21.11.1997).

Daí a conclusão extraída do referido acórdão que lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente, caso em que esta revoga aquela.

¹⁹_____

⁴ **Art. 97** - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

A evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil tem seu marco a partir da Constituição Imperial de 1824, a qual deferia ao órgão legiferante o exercício do controle constitucional. Sobre o assunto Bueno lecionava:

Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.

Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o jurisconsulto formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório.

Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela. (BUENO, 1978 apud MENDES, 1998, p. 229)

Já a Constituição de 1891 traz uma inovação: segundo análise de Mendes (1998, p. 229) o sistema de controle constitucional difuso, defere ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgar recursos de decisões de tribunais estaduais, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão for contrária (art. 59, § 1º, a), e também quando se contestasse sobre a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, b). Consolidava nesta Constituição o sistema de controle por via de exceção, que procura através de provocação da parte a intervenção do

juiz no incidente de inconstitucionalidade.

No entanto, por influência do direito norte-americano, a república brasileira passa a adotar o instrumento judicial de controle constitucional visando nos seus parágrafos reconhecer a imperatividade e legitimidade da Constituição sobre todas as leis (MENDES, 1998, p. 231).

A Constituição ganha status de magnitude, pois conferia ao judiciário a previsão de fiscalizar a sua completa e efetiva aplicação, legando poderes de julgar leis contrárias a ela. O que se confirma através da Lei 221, de 20 de novembro de 1894, no seu art. 13, § 10º (MENDES, 1998, p.233):

Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição.

A Constituição de 1934 vem sistematizar ainda mais o procedimento do controle constitucional. Ela inova ao adotar quorum absoluto para a declaração de inconstitucionalidade dos membros dos tribunais. A Constituição também traz à baila a delegação de competência ao Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pela Poder Judiciário” (art. 91, IV) (MELLO; CASTRO, 1935 apud MENDES, 1998, p. 234).

Por fim, a grande mudança se refere a declaração ou não de inconstitucionalidade de intervenção federal delegada ao Procurador-Geral da República, por meio de representação interventiva, conforme introdução do art. 7º, I, a a h. Assim a ofensa a um dos princípios elencados no citado artigo provocaria a representação interventiva. Para Mendes (1998, p. 234), cuidava-se de uma forma peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia

da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º). E acrescenta em seu trabalho sobre Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade:

Não obstante a breve vigência do Texto Magno, ceifado pelas vicissitudes políticas que marcaram aquele momento histórico, não se pode olvidar o transcendental significado desse sistema para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no Direito brasileiro.

Não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

Manifesta-se digna de menção a competência atribuída ao Senado Federal para “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais” (art. 91, II). Em escólio ao art. 91, II, da Constituição de 1934, Pontes de Miranda destacava que “tal atribuição outorgava ao Senado Federal um pouco função de Alta Corte Constitucional (...)”. A disposição não foi incorporada, todavia, pelas Constituições que sucederam ao Texto Magno de 1934 (MENDES, 1998, p. 235).

O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937 traz, segundo Mendes (1998, p. 236), um inequívoco retrocesso, pois instituía-se uma peculiar modalidade de revisão constitucional:

Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, b e c), preservando-se inclusive, a exigência de quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, no caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa do interesse nacional de alta monta, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por dois terços de votos em cada uma das Câmaras tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Instituía-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição.

Assim, o constituinte originário acrescenta no parágrafo único do artigo 96, a discricionariedade de o Presidente da República, segundo os critérios subjetivos de defesa da nação e de interesse do povo, enviar lei já declarada inconstitucional para apreciação do Congresso Nacional, e se aprovada por dois terços de votos em cada Casa, a lei passava a ter a força de emenda constitucional.

Mas havia restrições à posição de Mendes, pois Motta Filho discursava o seguinte:

A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despidido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua Teoria de la política, mostra com surpreendente clareza, como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei sui generis, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais (MOTTA FILHO apud MENDES, 1998, p. 237).

No entanto conclui Mendes (1998, p. 238) sobre a carta de 1937:

...a Carta de 1937 vedou, expressamente, ao judiciário conhecer das questões exclusivamente de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).

Todavia inova a Constituição de 1946, ao atribuir ao STF competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual apresentada pelo Procurador-Geral da República, consagrando definitivamente o controle abstrato de constitucionalidade.

No entanto, o Controle de Constitucionalidade "in abstrato" foi introduzido no Direito pátrio através da Emenda Constitucional nº16, de 1965. Registra Mendes (1998, p 77) que:

... no intuito de estender o controle de constitucionalidade, em tese, às leis federais, com vistas a formar, desde logo, precedentes que orientassem o julgamento dos processos congêneres, o constituinte acabou por consolidar, entre nós, um novo e peculiar modelo, aperfeiçoando, de forma marcadamente original, o sistema de controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.

Com a Emenda Constitucional nº 16, de 1.965, que em seu art. 2º,

atribuiu competência ao STF para processar e julgar originariamente, por representação do Procurador-Geral da República, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal e estadual acabou por instituir de forma plena o controle de constitucionalidade por ação. Bastos (1999, p. 400) assim leciona, para um melhor entendimento das alterações do novo sistema.

A Constituição brasileira de 1.967 manteve no todas as inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 16/1.965, sendo que a única alteração referente a inconstitucionalidades foi atinente à intervenção nos estados quando estes ferissem os princípios sensíveis da CF, transferindo do Congresso para o Presidente da República o poder de suspender lei ou ato declarado inconstitucional, quando esta suspensão bastasse para o restabelecimento da normalidade. A Emenda constitucional nº 1/67 em nada alterou o texto material deste novo controle, que foi introduzido com a Emenda nº 16/65. Apenas mudou sua previsão legal do art. 114, inciso e alínea, para art. 119, inciso e alínea.

A Constituição de 1988 trouxe mais duas novidades: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a ampliação do rol dos legitimados a apresentá-la. Além do Procurador-Geral da República, passaram a ter legitimidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, partido político com representação no Congresso Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A Emenda Constitucional nº 3/93 criou a Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, contemplando alguns dos legitimados a propor a ADIn, e o mesmo STF como competente para processamento e julgamento, com a aprovação pelo Congresso Nacional em dezembro de 2004 da Emenda à Constituição nº 45/2004, foram incluídos a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Governador do Distrito Federal no rol dos legitimados.

1.2 CONTROLE PREVENTIVO DA CONSTITUCIONALIDADE

É de se notar que, a atividade legiferante, como uma das funções básicas do Estado tem o seu processo próprio previsto na Constituição de 1988, ou seja, o Processo Legislativo, instituído na seção VIII do Título I que dispõe sobre os princípios fundamentais do Estado Brasileiro.

Moraes (1999, p. 487) afirma sobre o termo “processo legislativo” o seguinte:

O termo *processo legislativo* pode ser compreendido num duplo sentido, jurídico e sociológico. Juridicamente, consiste no conjunto coordenado de disposições que disciplinam o procedimento a ser obedecido pelos órgãos competentes na produção das leis e atos normativos que derivam diretamente da própria constituição, enquanto sociologicamente podemos defini-lo como o conjunto de fatores reais que impulsionam e direcionam os legisladores a exercitarem suas tarefas.

No entanto, o objeto do processo legislativo vem a ser aquele fixado no art. 59 da Constituição Federal: a emenda à Constituição, a lei complementar, a lei ordinária, a lei delegada, a medida provisória, o decreto legislativo e a resolução.

Meirelles (1997, p. 471) define o Processo Legislativo como sendo:

A sucessão ordenada de atos necessários à formação da lei, do decreto legislativo ou da resolução do plenário. Desenvolve-se através das seguintes fases e atos essenciais à tramitação do projeto: iniciativa, discussão, votação, sanção e promulgação ou veto.

É nessa fase inicial do processo legislativo que nasce o controle preventivo da constitucionalidade dos projetos de emendas à Constituição Federal e dos projetos de lei federal, que tem por objetivo evitar que normas inconstitucionais ingressem no ordenamento jurídico. Num primeiro momento, segundo Chimenti (2004, p. 4) é feito pelas comissões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, em especial a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da

Câmara dos Deputados e a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado.

Os pareceres negativos das Comissões de Constituição e Justiça costumam ser terminativos, acarretando a rejeição e o arquivamento do projeto (Chimenti, 2004). Os Regimentos Internos da Câmara e do Senado admitem que os projetos rejeitados pelas comissões sejam levados para votação se o plenário der provimento a recurso nesse sentido apresentado por um décimo dos membros da casa respectiva, na forma do art. 132 § 2º:

Art. 132. Apresentada e lida perante o Plenário, a proposição será objeto de decisão:

(...)

§ 2º Não se dispensará a competência do Plenário para discutir e votar, globalmente ou em parte, projeto de lei apreciado conclusivamente pelas Comissões se, no prazo de cinco sessões da publicação do respectivo anúncio no *Diário da Câmara dos Deputados* e no avulso da Ordem do Dia, houver recurso nesse sentido de um décimo dos membros da Casa, apresentado em sessão e provido por decisão do Plenário da Câmara.

O controle preventivo também pode ser efetivado pelo Presidente da República, via sanção e veto, conforme dispõe o § 1º do art. 61 da Constituição Federal:

Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

O veto fundamentado na inconstitucionalidade poderá ser denominado jurídico, enquanto se fundado no argumento de que a norma contraria o interesse público, o veto poderá ser chamado político.

Em último recurso, o controle preventivo da constitucionalidade é feito pelo Poder Judiciário, conforme Chimenti (2004, p. 4), geralmente via mandado de

segurança impetrado por um parlamentar que não deseja participar de um ato viciado, quando a tramitação do projeto fere disposições constitucionais de natureza formal.

Nesta linha de raciocínio vale citar que as decisões do Supremo Tribunal Federal tem sido de cautela quanto ao controle jurisdicional dos atos legislativos que supostamente tenham ferido as disposições regimentais.

Segundo acórdão publicado em 06.06.97 no Informativo STF nº. 74, a citada corte deixou de conhecer do Mandado de Segurança nº. 22503-3/DF na parte em que impetrante alegava ter o Presidente da Câmara dos Deputados violado normas regimentais, por ocasião da tramitação de uma proposta de emenda à Constituição. Em seu voto, o Ministro Relator Maurício Corrêa assim se manifestou: "Preliminar: Impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário".

No mesmo sentido a decisão de outro Mandado de Segurança (nº. 20.471/ DF, *in* RTJ 112/1023), tendo como Relator o Ministro Francisco Rezek, que assim decidiu: "matéria relativa à interpretação, pelo Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*".

Em outra decisão do STF observa-se o seguinte:

No caso, o Presidente do Senado, no exercício da presidência de reunião conjunta das Casas do Congresso Nacional, usando da competência de deferir, ou não, requerimento de parlamentar que alega existir projeto com matéria análoga ou conexa à de outro, para efeito de anexação, o indeferiu, por entender, fundamentalmente, que inexistia a pretendida analogia ou conexidade. Não pode o judiciário, evidentemente - por maior que seja a extensão que se lhe pretenda outorgar - examinar o mérito de ato dessa natureza, para aquilatar seu acerto ou desacerto, sua justiça ou injustiça. Trata-se da questão interna corporis que se resolve, exclusivamente, no âmbito do Poder Legislativo. (MS 20.247, DF, Rel. Min. Moreira Alves, *in* RTJ

no. 102/34).

Pelo exposto pode se concluir que os Três Poderes exercem o controle preventivo de constitucionalidade: o Legislativo, por meio de suas comissões internas, o Executivo, pelo exercício do poder de veto das leis e o Judiciário em última análise de constitucionalidade do processo legislativo, todos respondendo pela devida atribuição funcional.

1.3 O CONTROLE REPRESSIVO DA CONSTITUCIONALIDADE

O controle repressivo da constitucionalidade, que visa o banimento de normas inconstitucionais do ordenamento jurídico, excepcionalmente, é feito pelo Poder Legislativo, que tem poderes para editar decreto legislativo sustando atos normativos do Presidente da República que exorbitem o poder regulamentar ou os limites da delegação legislativa (inc. V do art. 49 da CF⁵). Com amparo no artigo 62, da Constituição Federal, o Congresso também pode rejeitar medida provisória por entendê-la inconstitucional.

De acordo com a Súmula n. 347 do STF, mesmo os Tribunais de Contas, órgãos normalmente classificados como auxiliares do Poder Legislativo, podem, no exercício de suas atribuições, apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos normativos do Poder Público no caso concreto. (CHIMENTTI, 2003, p. 03).

Ainda atipicamente, admite-se que, por ato administrativo expresso e

²⁸_____

⁵ **Art. 49** - É da Competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

formal, o chefe do Poder Executivo negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (*RTJ 151/331*). No mesmo sentido:

Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repare inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (TJSP, Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Francheschini - *Juris Saraiva 21*).

2 SISTEMAS DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

A Constituição Federal de 1988 vem estabelecer no Brasil um sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade híbrido, visto que contempla o controle preventivo através da atuação do Chefe do Poder Executivo, pelo seu poder de veto, e através da atuação do Poder Legislativo pelas comissões de constituição e justiça, bem como o controle repressivo, principalmente sob a forma jurisdicional, a qual contempla os métodos difuso, ou *incidenter tantum*, e concentrado.

Existem duas exceções ao controle jurisdicional repressivo do sistema brasileiro:

a) O Art 49, V, da Constituição Federal de 1988 estabelece "competir ao Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa". Os atos atingidos por esse controle são o Decreto Presidencial e a Lei Delegada;

b) O Art. 62 da Constituição Federal de 1988 estatui que o Poder Legislativo pode rejeitar uma Medida Provisória por considerá-la inconstitucional.

Para controle de constitucionalidade repressivo, há em nosso ordenamento jurídico a previsão de dois métodos: o concentrado (ou reservado, ou via de ação, ou abstrato, ou direto); e o difuso (ou aberto, ou via de exceção ou defesa, ou descentralizado).

2.1 CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso tem como característica a possibilidade de ser conhecido por qualquer juiz ou tribunal, diante de um determinado caso concreto, em que decidirá sobre sua compatibilidade com a Constituição Federal, como questão prévia, imprescindível ao julgamento da lide.

Bastos (2000, p. 408) narra que a via de exceção ou defesa: “Ataca o vício de validade da lei no caso concreto (diverso da apreciação em tese), ou seja, a argüição deve-se dar no curso do processo comum”.

No controle difuso a declaração de inconstitucionalidade não constitui objeto principal da ação, configurando-se como questão prejudicial, ou seja, “questão de direito substantivo de que depende a decisão final a tomar no processo” (MIRANDA *apud* CLÈVE, 2000, p. 769) e que fará parte da motivação do *decisium*, em julgamento *incidenter tantum*.

No ordenamento jurídico brasileiro, a inconstitucionalidade incidental de ato normativo federal, estadual ou municipal, poderá ser declarada somente pelo voto da maioria absoluta dos membros do tribunal ou, onde houver, dos integrantes do respectivo órgão especial, sob pena de absoluta nulidade da decisão emanada do órgão fracionário, representado pela turma, câmara ou seção, em respeito à previsão do art. 97⁶ da Constituição Federal.

A decisão judicial, prolatada em processo no qual foi suscitado esse controle, fará coisa julgada entre as partes e com relação restrita ao caso concreto

³¹_____

⁶**Art. 97** - Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

apresentado em juízo, não vinculando outras decisões. Declarado inconstitucional, o ato normativo somente poderá suspender sua execução caso a inconstitucionalidade seja definitivamente reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, e após a edição de resolução do Senado, nos termos do artigo 52, X ⁷, da Constituição Federal.

2.2 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Para a prática do controle de constitucionalidade, através da via de ação direta ou concentrada, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 prevê as seguintes espécies:

1) a ação direta de inconstitucionalidade, costuma ser denominada ADIn ou ADI (genérica: citada no art. 102, I, a ⁸, interventiva ⁹, expressa no art. 36, III, e por

³²_____

⁷ Art. 52 - Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

⁸ Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

⁹ Segundo as lições de Silva (2000, p. 487) aplica-se Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva quando um Estado-membro fere algum princípio sensível necessário se faz que haja uma correção de tal atitude valendo-se então de uma das espécies de controle de constitucionalidade que é o controle de constitucionalidade interventivo. Este controle foi especialmente criado para a defesa do Estado quando na Constituição Federal no art. 34 e seus incisos, autoriza a intervenção: (1) incisos I, e II, *a defesa do Estado*, para manter a integridade nacional e repelir invasão estrangeira; (2) incisos II, III, IV, *a defesa do princípio federativo*, é facultada a intervenção Para: - repelir invasão de uma unidade da federação em outra, - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública, - garantir o livre exercício de qualquer dos poderes na unidade federada; a defesa das finanças estaduais; (3) inciso V, *a defesa das finanças estaduais*, onde é permitida a intervenção para reorganização das finanças do ente federado que: suspender pagamento de dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo força maior, - deixar de entregar aos municípios receitas tributárias fixadas na constituição dentro dos prazos estabelecidos em lei; (4) inciso VI, e VII, *a defesa da ordem constitucional*, para prover a execução de lei federal, ordem ou decisão Judicial, e no caso do inciso VII, para exigir a observância dos seguintes princípios constitucionais: forma republicana, sistema representativo, regime democrático; direitos da pessoa humana; autonomia municipal; prestação de contas da administração pública, direta e indireta; aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a procedente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do

omissão, art. 103, § 2º ¹⁰);

2) a ação declaratória de constitucionalidade, costuma ser denominada ADECON ou ADC (art. 102, I, a ¹¹) e,

3) a ação declaratória de descumprimento de preceito fundamental, denominada ADPF, (art. 102, §1º ¹², disciplinada pela Lei 9.882/1999.

No sistema concentrado (ação direta), os legitimados para propor a ação de inconstitucionalidade estão inseridos no art. 103 da Constituição Federal e, na esfera federal, o único órgão com competência para conhecer do pedido e julgá-lo é o Supremo Tribunal Federal.

Estes legitimados são: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governador de Estado ou do DF, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Partido Político com representação no Congresso Nacional e Confederação Sindical ou Entidade de Classe de âmbito nacional. Segundo Motta e Douglas (1999, p. 37) são os citados legitimados assim classificados;

a) universais, genéricos, os legitimados podem propor a ação sobre

ensino e nas ações de serviços públicos de saúde.

¹⁰ Art. 103 - Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

¹¹ Art. 102 - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

¹² Art. 102. [...]

§ 1º - A arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

qualquer matéria, e,

- b) temáticos, específicos, onde os legitimados devem demonstrar que a pretensão por eles deduzida guarda relação de pertinência direta com os seus objetivos institucionais.

São legitimados temáticos as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional, a Mesa da Assembléia Legislativa (ou da Câmara Legislativa do DF) e o Governador de Estado (ou do DF). Os demais são legitimados universais, conforme se vê na ementa da ADIn n. 1.096 julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PARTIDO POLÍTICO - PERTINENCIA TEMATICA - INEXIGIBILIDADE - LEGITIMIDADE ATIVA AMPLA DAS AGREMIÇÕES PARTIDARIAS NO PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONSTITUCIONALIDADE - A POSIÇÃO INSTITUCIONAL DOS PARTIDOS POLITICOS NO SISTEMA NORMATIVO DA CONSTITUIÇÃO - REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLITICOS NAS AÇÕES DIRETAS -SERVIDOR PÚBLICO E EQUIPARAÇÃO REMUNERATORIA - INOCORRENCIA DE TRANSGRESSAO CONSTITUCIONAL - LEI ESTADUAL QUE CONTEM MATÉRIA ESTRANHA AQUELA ENUNCIADA EM SUA EMENTA - SUPOSTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA MORALIDADE - INOCORRENCIA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA. PARTIDO POLÍTICO E PERTINENCIA TEMATICA NAS AÇÕES DIRETAS: Os Partidos Politicos com representação no Congresso Nacional acham-se incluídos, para efeito de ativação da jurisdição constitucional concentrada do Supremo Tribunal Federal, no rol daqueles que possuem legitimação ativa universal, gozando, em consequencia, da ampla prerrogativa de impugnar qualquer ato normativo do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material. A posição institucional dos Partidos Politicos no sistema consagrado pela Constituição do Brasil confere-lhes o poder-dever de, mediante instauração do controle abstrato de constitucionalidade perante o STF, zelarem tanto pela preservação da supremacia normativa da Carta Política quanto pela defesa da integridade jurídica do ordenamento consubstanciado na Lei Fundamental da República. A essencialidade dos partidos politicos, no Estado de Direito, tanto mais se acentua quando se tem em consideração que representam eles um instrumento decisivo na concretização do princípio democratico e exprimem, na perspectiva do contexto histórico que conduziu a sua formação e institucionalização, um dos meios fundamentais no processo de legitimação do poder estatal, na exata medida em que o Povo - fonte de que emana a soberania nacional - tem, nessas agremiações, o veículo necessario ao desempenho das funções de regencia politica do Estado. O reconhecimento da legitimidade ativa das agremiações partidarias para a instauração do controle normativo abstrato, sem as restrições decorrentes do vinculo de pertinencia tematica, constitui natural derivação da propria natureza e dos fins institucionais que justificam a existência, em nosso sistema normativo, dos Partidos Politicos. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal erigiu o vinculo de pertinencia

temática a condição objetiva de requisito qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* do Autor, somente naquelas hipóteses de ação direta ajuizada por confederações sindicais, por entidades de classe de âmbito nacional, por Mesas das Assembléias Legislativas estaduais ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal e, finalmente, por Governadores dos Estados-membros e do Distrito Federal. Precedentes. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO PARTIDO POLÍTICO NA AÇÃO DIRETA: O Partido Político, nas ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, e representado pelo Presidente de seu Diretorio Nacional, independentemente de previa audiência de qualquer outra instância partidária, exceto na hipótese de existir prescrição de ordem legal ou de caráter estatutário dispondo em sentido diverso. SERVIDOR PÚBLICO E EQUIPARAÇÃO REMUNERATORIA: A outorga, em valores absolutos, de vantagem pecuniária a certa categoria funcional, ainda que nas mesmas bases já deferidas a determinados estratos do funcionalismo público, não transgredir o princípio constitucional inscrito no art. 37, XIII, da Carta Política, desde que a norma legal que a tenha concedido não viabilize majorações automáticas pertinentes a benefícios futuros. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, atenta ao postulado constitucional que veda equiparações e vinculações no serviço público, tem repellido a legislação comum, sempre que esta permitir que futuros aumentos em favor de determinada categoria funcional repercutam, de modo instantâneo, necessário e automático, sobre a remuneração devida a outra fração do funcionalismo público, independentemente de lei específica que os autorize. DIVERGENCIA ENTRE O CONTEUDO DA LEI E O ENUNCIADO CONSTANTE DE SUA EMENTA: A lei que veicula matéria estranha ao enunciado constante de sua ementa não ofende qualquer postulado inscrito na Constituição e nem vulnera qualquer princípio inerente ao processo legislativo. Inexistência, no vigente sistema de direito constitucional positivo brasileiro, de regra idêntica a consagrada pelo art. 49 da revogada Constituição Federal de 1934.

Portanto, quanto aos legitimados citados na ADIn nº 1096/RS acima, o STF assentou jurisprudência no sentido de que o deve existir vínculo da pertinência como requisito objetivo qualificador da própria legitimidade ativa *ad causam* do requerente para a instauração do controle abstrato de normas.

Quanto às confederações sindicais, observa-se a prevalência do entendimento segundo o qual as centrais sindicais ou de trabalhadores, não possuem legitimidade ativa, pois não congregam federações sindicais ou trabalhadores de atividades idênticas, similares ou conexas. Nesse sentido, com votos vencidos dos Ministros Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio, merece destaque a seguinte decisão:

Ementa:

Ação direta de inconstitucionalidade – Adin nº 928. Legitimidade ativa.

Confederação Sindical. Confederação Geral dos Trabalhadores - CGT. Art. 103, IX, da CF.

1. A CGT, embora se autodenomine Confederação Geral dos Trabalhadores, não é, propriamente, uma Confederação Sindical, pois não congrega federações de sindicatos que representem a maioria absoluta de um grupo de atividades ou profissões idênticas, similares ou conexas.

2. Também não é propriamente uma entidade de classe, pois não congrega apenas os integrantes de uma determinada atividade ou categoria profissional ou econômica.

3. É, sim, uma Central Geral de Trabalhadores, ou seja, de todas as categorias de trabalhadores.

4. Não sendo, assim, nem uma Confederação Sindical nem uma entidade de classe de âmbito nacional, não tem legitimidade para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, IX, da CF).

Precedentes.

Ação não conhecida, por ilegitimidade ativa *ad-causam*.

Publicação: DJ 8.10.1993, p. 21012, Ement. vol. 01720-01, p. 00110.

Relator: Sydney Sanches

Sessão: TP - Tribunal Pleno. (Juis Saraiva 21)

Diante do exposto, percebe-se uma abertura no rol dos legitimados para propositura de ação na via de controle concentrado, posto que na vigência da Constituição Federal de 1967, o único legitimado era o Procurador-Geral da República.

2.2.1 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A Ação Direta de Inconstitucionalidade tem seu procedimento disciplinado pela Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. O seu objeto é a invalidação da lei ou ato normativo federal, estadual ou distrital, quando expedido no exercício da competência atribuída aos estados.

Atos normativos¹³, para esse fim, são, além das espécies elencadas no

³⁶_____
¹³ Narra Moraes, sobre conceito de atos normativos que “quando a circunstância evidenciar que o ato

artigo 59 da Constituição Federal: emenda à constituição, lei complementar, lei ordinária, medida provisória, decreto legislativo, lei delegada e resolução, ou seja, todos aqueles dotados de generalidade¹⁴ e abstração.

Segundo Mendes (2004, p. 177), as principais normas federais passíveis de controle abstrato são: Emenda à Constituição, quando violar as limitações estabelecidas pelo poder constituinte originário; lei complementar, ordinária e delegada, com conteúdo geral e abstrato; medida provisória, com conteúdo geral e abstrato; decreto legislativo, com conteúdo geral e abstrato; decreto legislativo, contendo a aprovação do Congresso Nacional aos tratados internacionais e autorizando o Presidente da República a ratificá-los em nome do Brasil; decreto presidencial promulgando os tratados e convenções internacionais; decreto legislativo sustando os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa; ato normativo editado por pessoa jurídica de direito público federal, desde que apresente caráter autônomo, geral e abstrato; regimento interno dos órgãos do Poder Judiciário, com caráter autônomo, geral e abstrato; regimento interno dos órgãos do Poder Legislativo, com caráter autônomo, geral e abstrato; regimento interno do Tribunal de Contas, com caráter autônomo, geral e abstrato.

Ainda de acordo com Mendes (2004, p. 179), estas são as principais normas estaduais que podem ser submetidas ao controle abstrato: Constituição

encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida por destinatários indeterminados, deverá ser considerada ato normativo.” (Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, Atlas, 6ª ed., 1999, p. 558)

¹⁴ Generalidade: A generalidade implica dizer que a norma jurídica é abstrata; ela prevê e regula, hipoteticamente, uma série infinita de casos enquadráveis num tipo abstrato. Papiniano, jurista romano do século III da Era Cristã, definia a lei como "um preceito genérico": *lex est generale praeceptum*. Enquanto nas sociedades pouco evoluídas impera uma regulamentação meramente casuística, que prevê e agrupa vários casos, sem fixar, genericamente, cada tipo abstrato, nas sociedades evoluídas a norma jurídica é abstrata, valendo, indistintamente, para todas as relações da mesma espécie, aplicando-se a todas as pessoas que se possam achar na mesma situação. (retirado

Estadual; Emenda à Constituição Estadual; lei complementar, ordinária e delegada, com conteúdo geral e abstrato; medida provisória, com conteúdo geral e abstrato; decreto legislativo, com conteúdo geral e abstrato; ato normativo editado por pessoa jurídica de direito público estadual, desde que apresente caráter autônomo, geral e abstrato; regimento interno dos órgãos do Poder Judiciário, com caráter autônomo, geral e abstrato; regimento interno dos órgãos do Poder Legislativo, com caráter autônomo, geral e abstrato; regimento interno do Tribunal de Contas, com caráter autônomo, geral e abstrato.

O Distrito Federal, conforme preceitua o art. 32 da Carta Maior, tem autonomia para legislar sobre as matérias reservadas aos Estados e Municípios.

Neste caso, como somente as normas estaduais podem ser objeto de ação direta de inconstitucional, as normas distritais só irão sofrer o controle abstrato quando versarem sobre direito estadual.

Assim, se o Distrito Federal editar uma norma especificando a cobrança do IPTU (matéria de competência municipal), não poderá esta (a norma distrital) ser objeto de ação direta de inconstitucional.

Do contrário, incidirá o controle abstrato se o Distrito Federal legislar sobre junta comercial, matéria de competência concorrente prevista no art. 24 da Carta Magna.

As leis e atos normativos municipais contrários à Constituição Federal não podem ser objeto de ADIn perante o Supremo Tribunal Federal. Neste caso, os Tribunais de Justiça dos Estados poderão julgar tais normas, desde que aflijam

também a Constituição Estadual no tocante aos preceitos de repetição obrigatória.

Necessário se faz abrir um espaço para falar sobre essas normas de repetição, o que torna relevante para o entendimento das proposições de ADin nos Estados¹⁵.

39

¹⁵ Parece ser pacífica a jurisprudência do Excelso Pretório a respeito de sua competência para o exame da inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, senão vejamos:

Acórdão 27.488- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comarca: Capital. Julgamento 06.09.95, Tribunal Pleno. Relator: Des. João Alberto Castello Branco de Paiva. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Complementar no. 15, de 24 de janeiro de 1.994. Competência do Tribunal de Justiça do Estado para julgar a matéria, nos termos do art. 125 § 2o da Constituição Federal e art. 161, I, I, da Constituição Estadual. Legitimidade de parte da entidade autora, de âmbito estadual, vinculada ao objeto da ação (art. 162, IX, da Constituição Estadual). Os vícios formais que teriam ocorrido no "iter" legislativo para a aprovação da lei atacada não são de molde a ensejar a inconstitucionalidade formal argüida, posto que foram observados os ditames do art. 113 e seu parágrafo 2o da Carta Estadual. Contudo, há choque entre os parágrafos 2o e 3o do art. 1o e o inciso II e seus anexos do art. 2o da Lei Complementar objeto desta ação, respectivamente, com os arts. 295, parágrafo 5o e 18 e seus incisos da Constituição Estadual. Ação julgada parcialmente procedente. Votação unânime.

Acórdão 30.174- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comarca: Capital. Julgamento: 06.11.96, Órgão Especial. Relatora: Des. Maria Lúcia Gomes Marcos do Santos. EMENTA: Câmara Municipal não tem poderes para processar e julgar o Prefeito Municipal. Competência do Egrégio tribunal de Justiça do Estado – Declarados inconstitucionais o art. 90 "caput" e seu parágrafo 1o inciso II e art. 81 da Lei Orgânica do Município de Almeirim por violação ao art. 161, inciso I, letra "a" e art. 56 da Constituição Estadual. Decisão unânime.

ADI 2439 / MS - MATO GROSSO DO SUL
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO

Julgamento: 13/11/2002 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 21-02-2003 PP-00027 EMENT VOL-02099-01 PP-00192

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 1.798/97; E ART. 8.º DO DECRETO N.º 9.115/98, DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. ALEGADA CONTRARIEDADE AOS ARTS. 150, § 6.º; E 155, § 2.º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O primeiro ato normativo estadual, instituindo benefícios relativos ao ICMS sem a prévia e necessária celebração de convênio entre os Estados e o Distrito Federal, contraria os dispositivos constitucionais sob enfoque. Alegação de inconstitucionalidade igualmente plausível no tocante ao art. 8.º do Decreto n.º 9.115/98, que, extrapolando a regulamentação da mencionada lei, fixa, de forma autônoma, incentivos fiscais sem observância das mencionadas normas da Carta da República. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade das normas em questão.

Rcl 595 / SE - SERGIPE

RECLAMAÇÃO

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 28/08/2002

Órgão

Julgador:

Tribunal

Pleno

Publicação: DJ 23-05-2003 PP-00031 EMENT VOL-02111-04 PP-00823

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL, EM CURSO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SERGIPE, COM LIMINAR DEFERIDA. RECLAMAÇÃO PARA O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCEDÊNCIA. 1. Dispõe o art. 106, I, "c", da Constituição do Estado de Sergipe: "Art. 106. compete, ainda, ao Tribunal de Justiça: I - processar e julgar originariamente: ... "c" - a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais em face da Constituição Estadual e de lei ou de ato normativo municipal em face da Constituição Federal ou da Estadual". 2. Com base nessa

Nessa linha de raciocínio, segundo Horta (1995, p. 78), há determinadas normas cuja inserção na Constituição estadual se faz compulsória; são as denominadas normas de reprodução obrigatória. Segundo a lição do citado jurista, elas refletem a expansividade do modelo federal, que atraiu para seu campo matéria anteriormente entregue à revelação originária do constituinte estadual. A tarefa do constituinte limita-se a inserir aquelas normas no ordenamento constitucional de um estado, por um processo de transplantação.

Ao lado das normas de reprodução obrigatória, segundo Horta (1995, p. 78), há também aquelas normas que, enquanto idênticas a determinadas regras constitucionais federais, a sua inserção no texto constitucional estadual não se faz compulsoriamente. O constituinte as introduz na Carta estadual por adesão voluntária a determinados dispositivos constitucionais. Assim, a diferença entre as duas classes de normas residiria no caráter obrigatório da repetição, presente nas normas de reprodução e ausente nas de imitação.

Portanto, se o Supremo Tribunal Federal tem a missão precípua de atuar como guardião da Constituição Federal, declarando a inconstitucionalidade de leis e

norma, o Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe tem julgado Ações Diretas de Inconstitucionalidade de leis municipais, mesmo em face da Constituição Federal. 3. Sucede que esta Corte, a 13 de março de 2002, tratando de norma constitucional semelhante do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento da ADI nº 409, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE (DJ de 26.04.2002, Ementário nº 2066-1), decidiu: "Controle abstrato de constitucionalidade de leis locais (CF, art. 125, § 2º): cabimento restrito à fiscalização da validade de leis ou atos normativos locais - sejam estaduais ou municipais - , em face da Constituição estadual: invalidade da disposição constitucional estadual que outorga competência ao respectivo Tribunal de Justiça para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de normas municipais em face também da Constituição Federal: precedentes". 4. Adotados os fundamentos apresentados nesse aresto unânime do Plenário e em cada um dos precedentes neles referidos, a presente reclamação é julgada procedente, para se extinguir, sem exame do mérito, o processo da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 02/96, proposta perante o Tribunal de Justiça do Estado Sergipe, por falta de possibilidade jurídica do pedido, cassada definitivamente a medida liminar nele concedida. 5. Incidentalmente, o S.T.F. declara a inconstitucionalidade das expressões "Federal ou da", constantes da alínea "c" do inciso I do art. 106 da Constituição do Estado de Sergipe. 6. A esse respeito, será feita comunicação ao Senado Federal, para os fins do art. 52, X, da Constituição Federal. E também ao Tribunal de Justiça de Sergipe.

atos que com ela conflitem, pode-se entender que cabe ao Tribunal de Justiça dos Estados atuar como guardião da Constituição Estadual, controlando a regularidade das leis e atos municipais ou estaduais que com ela conflitem, paralelamente ao controle exercido pelo STF com relação às leis estaduais ou federais que ofendam dispositivo da Constituição Federal.

Para tratar de controle de constitucionalidade na esfera estadual Bastos (1997, p. 411) sustenta que:

O constituinte, ao dispor sobre os Tribunais dos Estados, foi bastante feliz, conferindo a estes órgãos a competência para verificação de inconstitucionalidade das leis e atos normativos estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual. No sistema anterior, não havia o controle por via de ação direta das leis e atos de alçada municipal; estes só eram controlados através do método difuso, ou seja, pela via de exceção ou defesa. Dessa forma, temos um sistema maior onde o Supremo Tribunal Federal cuida do controle da constitucionalidade das normas e atos federais e estaduais em face da Constituição Federal. E, na alçada estadual, um outro sistema concentrado, que controla a constitucionalidade das normas e atos municipais e estaduais perante a Constituição dos Estados, portanto um microssistema de controle da constitucionalidade. Cabe lembrar, por prudência, que as leis municipais não são passíveis de controle por via de ação direta em face da Constituição Federal, portanto pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, os Estados possuem também suas Constituições, de modo que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, ou concentrado, se opera em dois planos, o federal e o estadual.

Apenas as pessoas arroladas no artigo 103 da Constituição Federal têm legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade, que, como a própria terminologia indica, objetiva à retirada do ordenamento jurídico da norma contrária à Constituição. São eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa, o Governador de Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos

Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal embora os legitimados obtenham a legitimidade ativa, não possuem capacidade postulatória, razão pela qual devam ser representados por advogado, exceto o Procurador-Geral da República, conforme se vê das seguintes ementas:

ADI-QO 109 / DF - DISTRITO FEDERAL

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. PAULO BROSSARD

Julgamento: 26/10/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 07-12-1989 PG-18000 EMENT VOL-01566-01 PG-00001
RTJ VOL-00130-02 PP-00522

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUI A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 7.773/89 - ESPECIFICAMENTE ALINEAS, INCISOS E PARAGRAFOS DO SEU ART. 17. PETIÇÃO INICIAL ASSINADA POR ENGENHEIRO CIVIL, PRESIDENTE DA COMISSAO PROVISORIA DO PLP. FALTA DE CAPACIDADE POSTULATORIA, EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO VALIDO DO PROCESSO (ART. 267, IV, DO CPC).

Decisão: Por unanimidade o Tribunal não conheceu da ação por falta de capacidade postulatória do signatário da inicial. Votou o Presidente. Plenário, 26.10.89.

ADI-QO 131 / RJ - RIO DE JANEIRO

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES

Julgamento: 20/11/1989 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 07-12-1989 PG-18000 EMENT VOL-01566-01 PG-00009

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA 'AD-PROCESSUM' E 'AD-CAUSAM'. PARTIDO POLÍTICO. REPRESENTAÇÃO. CAPACIDADE POSTULATORIA. ART. 103, VIII, DA C.F. DE 1988. NÃO SENDO A SIGNATARIA DA INICIAL REPRESENTANTE LEGAL DE PARTIDO POLÍTICO, NÃO PODENDO, COMO VEREADORA, AJUIZAR AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE E NÃO ESTANDO SEQUER REPRESENTADA POR ADVOGADO, FALTANDO-LHE, ADEMAIS, CAPACIDADE POSTULATORIA, NÃO TEM LEGITIMIDADE ATIVA 'AD-PROCESSUM' E 'AD-CAUSAM' PARA A PROPOSITURA.

Decisão: Por unanimidade o Tribunal conheceu da Questão de Ordem que lhe foi submetida pelo Sr. Ministro-Relator e a decidiu no sentido de não conhecer da ação, em virtude da falta de legitimação ativa da requerente ad processum e ad causam. Votou o Presidente. Plenário, 20.11.89.

Para alguns dos legitimados exige-se que exista pertinência entre suas

atribuições e a norma que se pretende invalidar. À guisa de informação, traz-se o seguinte julgado:

CONSTITUCIONAL – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: SEGUIMENTO NEGADO PELO RELATOR – COMPETÊNCIA DO RELATOR (RI/STF, ART. 21, § 1º; LEI 8.038, DE 1.990, ART. 38) – CONSTITUCIONALIDADE – AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: LEGITIMIDADE ATIVA: PERTINÊNCIA TEMÁTICA – 1. Tem legitimidade constitucional a atribuição conferida ao Relator para arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso intempestivo, incabível ou improcedente e, ainda, quando contrariar a jurisprudência predominante do Tribunal ou for evidente a sua incompetência (RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38), desde que, mediante recurso – Agravo Regimental, por exemplo – possam as decisões ser submetidas ao controle do colegiado. Precedentes do STF. 2. A legitimidade ativa da confederação sindical, entidade de classe de âmbito nacional, Mesas das Assembléias Legislativas e Governadores, para a ação direta de inconstitucionalidade, vincula-se ao objeto da ação, pelo que deve haver pertinência da norma impugnada com os objetivos do autor da ação. 3. Precedentes do STF: ADIn 305-RN (RTJ 153/428); ADIn 1.151-MG (Diário de Justiça da União de 19.05.1995); ADIn 1.096-RS (LEX-JSTF, 211/54); ADIn 1.519-AL, julg. em 06.11.1996; ADIn 1.464-RJ, Diário de Justiça da União de 13.12.1996. 4. Inocorrência, no caso, de pertinência das normas impugnadas com os objetivos da entidade de classe autora da ação direta". (STF – ADIMCA 1.507 – RJ – TP – Rel. Min. Carlos Velloso – DJU 06.06.1997).

O Advogado-Geral da União participa do processo, na condição de curador especial¹⁶, para sustentar a constitucionalidade da norma impugnada que,

⁴³_____

¹⁶ O Relator Ministro Celso de Mello, em decisão na ADIn nº 1350 suscita a competência ao Advogado-Geral da União para atuar como curador especial, em defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, onde transcrevo in verbis:

"[...] Demais disso, **cumprе não desconhecеr** a atividade processual **vinculada** desenvolvida no processo de controle concentrado de constitucionalidade pelo Advogado-Geral da União, investido do dever institucional de **defender**, sempre, a plena validade jurídica do ato estatal impugnado (CF, art. 103, § 3º), consoante expressamente proclamado pela jurisprudência desta Suprema Corte, que qualificou o Chefe da Advocacia Geral da União como o **garante e curador da presunção de constitucionalidade** de todos os atos emanados do Poder Público: *"Ação direta de inconstitucionalidade. Advogado-Geral da União: Indeclinabilidade da defesa da lei ou ato normativo impugnado (CF, art. 103, § 3º). Erigido curador da presunção de constitucionalidade da lei, ao Advogado-Geral da União, ou quem lhe faça as vezes, não cabe admitir a invalidez da norma impugnada, incumbindo-lhe, sim, para satisfazer requisito de validade do processo da ação direta, Promover-lhe a defesa, veiculando os argumentos disponíveis."* (RTJ 131/958, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

Cumprе enfatizar que **a função processual do Advogado-Geral da União**, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, **é eminentemente defensiva**. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. O Advogado-Geral da União, nesse contexto, intervém como **sujeito** das relações processuais objetivas que se formam em sede jurisdicional concentrada. Na realidade, a causa **única** da atuação processual do Advogado-Geral da União é a defesa, perante o Supremo Tribunal Federal, do ato normativo impugnado em sede de ação direta. Desse modo, impõe-se reconhecer que a atuação processual do Advogado-Geral da União, nas ações diretas de inconstitucionalidade, na condição de curador especial, **não pode efetivar-se** em detrimento da norma cuja impugnação é nelas veiculada. A intervenção do Advogado-Geral da União, em consequência, reveste-se de compulsoriedade, não

aliás, já surge com tal presunção. A presunção de estar condizente com a Constituição decorre de a lei ter sido submetida ao crivo dos Poderes Legislativo e Executivo quando ainda era mero projeto de lei.

Não é permitida a intervenção de terceiros no controle concentrado, em virtude de sua natureza abstrata. Todavia, o § 2º do artigo 7º da lei nº 9.868/99 criou a figura do *amicus curiae*¹⁷, que consiste na oitiva de órgãos ou entidades interessadas no desfecho da ação, a fim de pluralizar o debate.

O julgamento da ADIn exige quorum mínimo de oito ministros para se instalar a sessão, sendo que a inconstitucionalidade deve ser reconhecida pela maioria absoluta dos membros do STF (parágrafo único do art. 143 do RISTF e art.

só quanto ao seu chamamento judicial, mas, **também**, quanto ao seu pronunciamento **defensivo** em favor da norma impugnada. Essa intervenção, que é de ordem pública, possui extração constitucional. Não pode efetivar-se em desfavor do ato normativo cuja inconstitucionalidade é postulada pelo autor da ação direta. Atuando como verdadeiro curador da norma infraconstitucional - Atuando como verdadeiro curador da norma infraconstitucional - **defensor legis** - e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade no âmbito do sistema jurídico, não cabe ao Advogado-Geral da União ostentar posição processual a ela contrária, sob pena de frontal descumprimento do **munus** indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. Nem se diga, **finalmente**, que, **por ser de origem estadual a norma ora impugnada**, não assistiria ao Advogado-Geral da União o encargo de defender-lhe a validade e a integridade jurídicas. O Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o alcance normativo da cláusula inscrita no art. 103, § 3º, da Carta Política, enfatizou a **indeclinabilidade** do exercício, pelo Advogado-Geral da União, da atividade que lhe foi constitucionalmente outorgada, salientando a sua condição de defensor impessoal da validade dos preceitos questionados em ação direta, **não importando a origem institucional ou a fonte de produção normativa de que tenham emanado**: "*Ação direta de inconstitucionalidade. Competência do Advogado-Geral da União. Exegese do parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição. Compete ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, independentemente de sua natureza federal ou estadual. Não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, fixada no **caput** do artigo 131, da Carta Magna, e o da de defesa de norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade (...).*" (RTJ 131/470, Rel. Min. MOREIRA ALVES - **grifei**) Sendo assim, considerando as razões expostas, Sendo assim, considerando as razões expostas, **indefero** o pedido de intervenção processual, **mediante oposição**, formulado por Sandra Aparecida Angeli e outros, eis que **não** lhes assiste legitimidade para ingressarem na presente ação direta de inconstitucionalidade. Publique-se. Brasília, 27 de junho de 1996."

¹⁷ O *amicus curiae*, instituto novo, segundo entendimento de Carlos Roberto Mathias de Souza, em artigo publicado na Revista Consultor Jurídico, 25 de novembro de 2003, no sítio www.mct.gov.br/legis/consultoria_juridica/artigos/amicus_curiae.htm, é "sob a óptica do direito brasileiro, é uma intervenção especial de terceiros no processo, para além das clássicas conhecidas, como a oposição, a nomeação à autoria etc, além da assistência e, de certo modo, o litisconsórcio facultativo. A intervenção de que se cuida, vale dizer, a presença do *amicus curiae* no processo não diz tanto respeito às causas ou aos interesses eventuais de partes em jogo em determinada lide, mas, sim, ao próprio exercício da cidadania e à preservação dos princípios e, muito particularmente, à

22 da Lei 9.868/99).

Declarada a inconstitucionalidade, não haverá necessidade de se oficiar ao Senado para este suspenda a norma, pois a decisão do STF já é suficiente para retirá-la do ordenamento jurídico, uma vez que age como "legislador negativo"¹⁸.

Os efeitos da decisão são *erga omnes*¹⁹ e, regra geral, *ex tunc*, isto é, retroagem à data de vigência da lei, ocorrendo a repristinação da lei anterior, pois se considera que uma norma inconstitucional é nula desde o seu nascimento. Excepcionalmente, porém, pode o Supremo, presente a necessidade de segurança jurídica e interesse social, estabelecer outros efeitos (*ex nunc* ou pro futuro) para a decisão exarada na ADIn, dá-se o nome de "manipulação dos efeitos da declaração". O STF pode inclusive decidir sobre a repristinação da lei revogada pela

ordem constitucional."

¹⁸ Narra Luís Henrique Martins dos Anjos, sobre a extensão da expressão legislador negativo, em seu trabalho: A Interpretação conforme a Constituição enquanto técnica de julgamento do Supremo Tribunal Federal, o seguinte entendimento:

O Supremo Tribunal Federal, quando realiza sua função no âmbito do controle de constitucionalidade atua, no máximo, como legislador negativo, logo, não pode criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo.

Quando o Supremo realizar uma interpretação para aquele ato normativo questionado, não pode aviltar o que está escrito, não pode ser claramente contrário ao que está escrito. Temos aqui uma limitação gramatical. Se está escrito "não" ele não vai poder interpretar "sim". Então, há um limite do texto escrito. A interpretação que o Supremo vai apresentar não vai poder criar um outro ato normativo, porque ele não é o legislador do ato, e sim apenas o interprete do ato. O STF terá que respeitar os limites do contorno gramatical do que está escrito no texto do ato impugnado. Se, para poder salvar o texto, o Supremo tiver que aviltar tanto o que está escrito a ponto de transformar o ato, então não é caso de salvar o texto e sim o caso de declarar a sua inconstitucionalidade.

Esses limites foram traçados na jurisprudência constitucional brasileira pelo Ministro Moreira Alves, relator da Representação de Inconstitucionalidade Nº 1417-7 - DF:¹⁸

[...] A aplicação desse princípio sofre, porém, restrições, uma vez que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF - em sua função de Corte Constitucional - atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo. Por isso, se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme à Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo.

[...] No caso, não se pode aplicar a interpretação conforme à Constituição, por não se coadunar essa finalidade inequivocamente colimada pelo legislador, expressa literalmente no dispositivo em causa, e que dele ressalta pelos elementos da interpretação lógica.

Para salvar o texto, deve haver fidelidade da interpretação com o que está escrito no texto e não com a chamada vontade do legislador, não com o objetivo justificado no processo legislativo.

¹⁹ A expressão *erga omnes*, de origem latina (*latim erga*, "contra"+*omnes*, "todos"), é usada principalmente no meio [jurídico](#) para indicar que os efeitos de algum ato ou lei atingem todos os

norma declarada inconstitucional.

É o que se entende das palavras de Martins (2000, p. 241):

[..] no Brasil, uma vez declarada, via controle concentrado, a inconstitucionalidade, esse reconhecimento atinge a norma desde sua origem e, por força do princípio da segurança jurídica, a decisão tem efeito vinculante e *erga omnes*. Porém, diante da impossibilidade material de reconduzir as situações definitivamente constituídas, sob a égide da norma inválida, à situação pretérita, eliminando todos os efeitos do ato legislativo inválido, pode o tribunal reconhecer à decisão de mérito, eficácia *ex nunc* (...).

Em havendo perigo de lesão irreparável, poderá o STF conceder medida cautelar para suspender a eficácia da norma impugnada. Esta decisão, todavia, produzirá efeitos *ex nunc*, ou seja, seus efeitos não retroagirão à data de início de vigência da lei.

2.2.2 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, prevista no art. 103, § 2º, da CF, tem por objeto a efetividade dos dispositivos constitucionais que dependam de complementação infraconstitucional, as chamadas normas constitucionais de eficácia limitada. Então, é cabível a ação quando o poder público se abstém de cumprir um dever determinado pela Constituição.

Os legitimados a propor a ação de inconstitucionalidade por omissão são os mesmos da ADIn genérica (art. 103, I a IX), citados no subtítulo acima, não sendo obrigatória a oitiva do Advogado- Geral da União, posto não haver ato impugnado a ser defendido. Entretanto, o Ministério Público será chamado a manifestar-se, conforme disposição no § 1.º do art. 103 da CF/88.

A Constituição de 1988 prevê dois momentos cabíveis:

- a) quando a omissão é de algum órgão público administrativo;
- b) quando a omissão é do Poder Legislativo.

No primeiro caso, o órgão administrativo é comunicado pelo STF de que tem trinta dias para tomar as providências necessárias. No segundo, a sentença prolatada não tem efeito mandamental, apenas declaratório. O Poder Legislativo é cientificado de que deve legislar sobre a matéria objeto da ação de inconstitucionalidade por omissão, mas não é obrigado a isso, dado o princípio da separação dos poderes na estrutura do Estado Democrático de Direito.

Há entendimento assentado no STF de que em ação direta de inconstitucionalidade por omissão não cabe a concessão de medida cautelar ou de antecipação de tutela, pois sequer com o julgamento final não será possível o suprimento da falta, conforme se vê do Acórdão da ADIn nº 36²⁰ em medida cautelar:

ADI-MC 361 / DF - DISTRITO FEDERAL
 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Julgamento: 05/10/1990 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO
 Publicação: DJ 26-10-1990 PG-11976 EMENT VOL-01600-01 PG-00048 Ementa-
 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSAO - LIMINAR. E
 INCOMPATIVEL COM O OBJETO MEDIATO DA REFERIDA DEMANDA A
 CONCESSÃO DE LIMINAR. SE NEM MESMO O PROVIMENTO JUDICIAL
 ÚLTIMO PODE IMPLICAR O AFASTAMENTO DA OMISSAO, O QUE SE DIRA
 QUANTO AO EXAME PRELIMINAR.

A decisão da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão tem efeitos *erga omnes*, ou seja, sua decisão se estende pra todos.

47_____

²⁰ Ementa retirada do sítio www.stf.gov.br.

2.2.3 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Criada pela Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC ou ADECON) tem sentido contrário ao da ADIn, pois aquela visa reconhecer, pelo Supremo Tribunal Federal, a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual que esteja sendo objeto de análise por outros órgãos do Poder Judiciário. No entanto, objetiva afastar a insegurança jurídica e tornar absoluta a presunção de constitucionalidade inerente a toda lei.²¹

A petição inicial deve vir acompanhada de demonstração da controvérsia judicial em torno da constitucionalidade da norma. Os efeitos da decisão serão *erga omnes* e vinculantes. Há divergência na doutrina quanto à constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, que criou a ADC, sendo que, no entender de muitos doutrinadores, os efeitos vinculantes da decisão afrontam a independência dos magistrados e o princípio do juiz natural, posto que o juiz da causa seja hábil a conhecer do feito e sobre ele decidir. Alega-se também sua inconstitucionalidade por não haver réu na ação. Nesta linha de raciocínio ensina Mendes (1998, p. 121):

Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.

O Advogado-Geral da União não participa do feito para sustentar a

48

²¹ Na obra de Gilmar Ferreira Mendes: Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade, no capítulo que narra sobre o poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade, o autor analisa as dificuldades dos referidos poderes em dar seguimento a implementação de determinadas decisões legislativas, o que produz por conseguinte, ampla insegurança jurídica, “o controle de constitucionalidade acaba por ser visto como óbice ou estorvo na realização de dadas políticas”.(MENDES, 1998, p. 290)

presunção de constitucionalidade da norma, eis que o objeto da ADC é justamente firmar a certeza e incontestabilidade da lei. Admite-se também a oitiva do amicus curiae.

3 INOVAÇÕES DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 trazia expressa, no parágrafo único do artigo 102, a seguinte expressão: **"A argüição de descumprimento de preceito fundamental desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei"** (grifo nosso). Até então, não havia previsão legal de sua regulação, já que tratava-se de norma de eficácia limitada. Mas em 1993, através da Emenda Constitucional nº 03, o artigo 102 passa por modificações, acrescenta parágrafos, remanejando a expressão acima citada para o parágrafo primeiro, apenas acrescentando vírgulas em sua disposição, versando assim: **"A argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei"** (grifo nosso).

A partir desse dado momento, entre os juristas surgiram apenas comentários e críticas a respeito da significação desta expressão, o advogado Thomas da Rosa de Bustamante, em seu artigo "Argüição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação", fez um estudo crítico de autores renomados e narra o seguinte:

Paulo Napoleão Nogueira da Silva (3), por exemplo, procurou conceituar como "preceitos fundamentais" os constantes do Título I da Carta Política (à exceção do princípio Republicano, que não seria imutável); as cláusulas pétreas (artigo 60, parágrafo 4º); e o caput do artigo 60, ressaltando que seria necessária a edição de lei definindo a legitimação, o rito, e os efeitos da decisão. **José Afonso da Silva**, por sua vez, entendeu como preceitos fundamentais os "princípios fundamentais" (Título I), além de "todas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais" (4). Sustenta ainda este autor que o instituto teria, na verdade, natureza

semelhante ao recurso constitucional alemão (Verfassungsbeschwerde) (5). Finalmente, **Clèmerson Merlin Clève** (6) entende que, embora a princípio assista razão à posição adotada por José Afonso da Silva, o recurso constitucional alemão (incidente de inconstitucionalidade) não pode ser simplesmente transplantado para o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que o Recurso Extraordinário se presta à mesma finalidade, de modo que a arguição de descumprimento de preceito fundamental teria "uma funcionalidade muito menor do que a alcançada pelo recurso constitucional alemão". (BUSTAMANTE, 2006, p. 3, grifo nosso)

Portanto, várias considerações se faziam a respeito do instituto que nasceria para combate de inconstitucionalidades, não se sabendo por certo de suas características, mas apenas que seria apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, assim permanecia pendente de regulamentação por lei, o que não impedia a propositura de arguições de descumprimento, que por sua vez eram rejeitadas tendo em vista o caráter de norma não-aplicável e passível de regulamentação por parte do legislador ordinário, como se pode observar da ementa seguinte:

101157 – JCF.102.1 ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ART. 102, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 – DECRETO ESTADUAL DE INTERVENÇÃO EM MUNICÍPIO – ARTS. 4º DA LEI DE INTRODUÇÃO AO CC E ART. 126 DO CPC – 1. O § 1º do art. 102 da Constituição Federal de 1988 é bastante claro, ao dispor: "a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". 2. Vale dizer, enquanto não houver lei, estabelecendo a forma pela qual será apreciada a argüição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da Constituição, o STF não pode apreciá-la. 3. Até porque sua função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, caput). E é esta que exige Lei para que sua missão seja exercida em casos como esse. Em outras palavras: trata-se de competência cujo exercício ainda depende de Lei. 4. Também não compete ao STF elaborar Lei a respeito, pois essa é missão do Poder Legislativo (arts. 48 e seguintes da CF). 5. E nem se trata aqui de Mandado de Injunção, mediante o qual se pretenda compelir o Congresso Nacional a elaborar a Lei de que trata o § 1º do art. 102, se é que se pode sustentar o cabimento dessa espécie de ação, com base no art. 5º, inciso LXXI, visando a tal resultado, não estando, porém, sub judice, no feito, essa questão. 6. Não incide, no caso, o disposto no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual "quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito, para resolver lide "inter partes". Tal norma não se sobrepõe à constitucional, que, para a argüição de descumprimento de preceito fundamental dela decorrente, perante o STF, exige Lei formal, não autorizando, à sua falta, a aplicação da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito". 8. De resto, para se insurgir contra o Decreto estadual de intervenção no Município, tem este os meios próprios de impugnação, que, naturalmente, não podem ser sugeridos pelo STF. (STF – AgRg em Petição 1.140-7 – TO – Plenário – Rel. Min. Sydney Sanches – DJU 31.05.1996)

Como se vê na ementa, seria fundamental para apreciação e julgamento da argüição de descumprimento a criação pelo legislador ordinário de lei que disciplinasse as condições da ação, seria necessária a implementação de norma que regulasse os contornos da argüição, os legitimados para sua propositura, a definição dos preceitos fundamentais, tendo em vista a subjetividade, sendo razoável um desenvolvimento interpretativo destes preceitos.

Se fizermos um recuo no tempo descobriremos o objetivo específico da criação da ADPF, defendido por Mendes, relator do estudo do projeto de criação da lei regulamentadora da argüição, se saberá que o mesmo defendia o instrumento por achá-lo apto a combater a chamada “guerra de liminares”, que congestionavam os tribunais, principalmente no que diz respeito às matérias de competência do Supremo Tribunal Federal. Assim o referido jurista passou a dedicar seu estudo, juntamente com o professor Celso Ribeiro de Bastos, na elaboração de projeto para criação do instituto capaz de diminuir substancialmente as demandas jurídicas. O anteprojeto de lei tratava dos principais aspectos do processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, conforme disposição expressa da Constituição Federal no artigo 102, § 1º. Era um esboço que nas palavras de Mendes (2000, p. 01) traduziu-se num amálgama consciente das concepções constantes do Projeto Celso Bastos, do Projeto que disciplinava a ADIn e a ADC da Comissão de Caio Tácito e do incidente de constitucionalidade, incluído em várias propostas de Emenda Constitucional sobre o Judiciário.

O projeto estabelecia, conforme disposição da Constituição Federal, que a argüição seria apreciada pelo STF, elencava os legitimados ativos, determinava os requisitos de admissibilidade para suscitar o incidente e estabelecia os efeitos da decisão. No entanto, com algumas ressalvas por meio de veto, o texto

foi aprovado pelas duas casas do Congresso Nacional e sancionado em 3 de dezembro de 1999.

O novo instituto foi criado para aperfeiçoar o sistema de controle de constitucionalidade no ordenamento brasileiro, uma vez que as questões até então não apreciadas no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade (ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade) poderiam ser objeto de exame no âmbito do novo procedimento.

A argüição de descumprimento de preceito fundamental foi criada com a finalidade de suprir algumas carências da ADIn que não previu em sua criação a possibilidade de obter do STF decisão sobre validade de Direito Municipal, mas apenas a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A lei 9.882 de 1999 prevê também a possibilidade de argüição para resolver controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive de direito pré-constitucional. Veja então as disposições do art. 1º e seu parágrafo 1º:

Art. 1º A argüição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO)

O inciso segundo do parágrafo único do artigo primeiro foi vetado pelo Presidente da República, cujo texto dispunha: "em face da interpretação ou aplicação dos regimentos internos das respectivas Casas, ou regimento comum do

Congresso Nacional, no processo legislativo de elaboração das normas previstas no art. 59 da Constituição Federal", em obediência ao princípio de separação dos poderes, tratando-se de matéria *interna corporis*, solução esta de âmbito do Poder Legislativo, não ficando sujeito à apreciação do Poder Judiciário.

Analisando os dispositivos acima mencionados, ressalte-se que a ADPF tem por objeto:

- 1) para evitar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público;
- 2) para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público;
- 3) quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Moraes (2003, p. 267) define essa terceira espécie como arguição de descumprimento de preceito fundamental abstrata ou por equiparação, criticando a proposta do legislador ordinário:

Essa hipótese de arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no parágrafo único do 1º, da Lei nº 9.882/99, distanciou-se do texto constitucional, uma vez que o legislador ordinário, por equiparação legal, também considerou como descumprimento de preceito fundamental qualquer controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. O Texto Constitucional é muito claro quando a lei autoriza o estabelecimento, exclusivamente, da forma pela que o descumprimento de um preceito fundamental poderá ser argüido perante o STF. Não há qualquer autorização constitucional para uma ampliação das competências do STF.

O autor Moraes (2003, p. 267) ainda conclui sua afirmação:

Controvérsias entre leis ou atos normativos e normas constitucionais, relevantes que sejam, não são hipóteses idênticas ao descumprimento pelo poder público de um preceito fundamental, e devem ser resolvidas em sede de controle de constitucionalidade, tanto quanto concentrado. O legislador ordinário utilizou-se de manobra para ampliar, irregularmente, as

competências constitucionais do STF, que, conforme jurisprudência e doutrina pacíficas, somente podem ser fixadas pelo Texto Magno. Essa manobra foi eivada de flagrante constitucionalidade, pois deveria ser precedida de emenda à Constituição.

O mesmo entendimento nos parece ter Ramos (2003, p.114) após fazer críticas ao Legislador Constituinte devido a reserva na previsão do novo instituto, o qual relata:

[...] não nos parece aceitável extrair-se de um dispositivo com um conteúdo significativo tão fluído, como é o caso do § 1º do art. 102, a interpretação de que ali se permitiu ao Legislador Infraconstitucional a instituição de um instrumento a mais voltado ao controle da constitucionalidade de leis ou atos normativos diante da Constituição Federal, controle esse, conforme gizado pelo Pretório Excelso, de natureza extraordinária, a exigir expressa manifestação de vontade do Constituinte.

No entanto, outra é a posição de Mendes (2001, p. 142), ao afirmar que a possibilidade de controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional resolvidas pelo Supremo Tribunal Federal, com eficácia geral e efeito vinculante, vem a completar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro. E complementa:

[...] a instituição da arguição de descumprimento de preceito fundamental completa o quadro das 'ações declaratórias', ao permitir que não apenas o direito federal, mas também o direito estadual e municipal possam ser objeto de pedido de declaração de constitucionalidade. (MENDES, 2001, p. 143)

No entanto quanto a esta previsão do art. 1º, está no STF a ADI nº 2231/DF, onde se questiona a constitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, inciso I da Lei 9.882/99, sob o argumento de que somente a Constituição pode conferir competência originária ao STF.

Pelo que se vê as discussões ainda são acirradas em torno do art. 1º da referida lei, a dificuldade se torna maior por falta de jurisprudência, já que o STF, como guardião e intérprete máximo do Texto constitucional, que é o órgão

responsável pelo processo e julgamento da ação, não tem a formação de julgados.

Para se ter uma precisa idéia sobre a situação, agora, em 07/12/2005, houve o primeiro julgamento de uma argüição, a ADPF nº 33, ela já havia sido conhecida por constituir os pressupostos legais e/ou condições da ação, mas o julgamento de mérito da ação, diga-se **a primeira decisão de mérito** só aconteceu agora, fato que torna a ADPF sem depósito jurisprudencial e, por conseguinte, impede o desenvolvimento interpretativo da referida lei.

Na decisão de mérito da ADPF nº 33, o plenário do Supremo declarou, por unanimidade, a ilegitimidade de um decreto estadual que vinculava os vencimentos dos servidores de um instituto estadual ao salário mínimo nacional. O relator da ação, ministro Gilmar Mendes, reafirmou sua decisão na liminar e julgou procedente a ADPF nº 33.

Nesta ADPF cabia aos ministros decidir pela ilegitimidade de um decreto anterior à Carta Política atual, ou seja, teriam que analisar se o decreto estadual que fixava a remuneração dos servidores de uma autarquia, vinculando ao salário-mínimo, ofenderia preceitos fundamentais.

Trata-se de uma decisão histórica em que se inicia um processo de armazenamento de jurisprudência, que possibilitará uma interpretação ampla e geral da lei que define regras para o processo e julgamento da ADPF, embora a própria lei seja matéria de discussão e julgamento por meio da ADIn nº 2231-DF, o fato é que decisões como a ADPF nº 33, facilitarão sobremaneira a consolidação de jurisprudência para a perfilação da ação declaratória de descumprimento de preceito fundamental.

3.1 PRECEITO FUNDAMENTAL

O texto constitucional expressa em seu § 1º do art. 102 a seguinte expressão “A argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”, no entanto o legislador originário não relata o que é preceito fundamental ou quais são aqueles que decorrem dele. Neste questionamento alguns autores se arriscam em definir o que vem a ser preceito fundamental:

Afonso da Silva (2000, p. 559), por exemplo, diferencia os preceitos fundamentais de princípios fundamentais:

‘Preceitos fundamentais’ não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’ é mais ampla, abrange a estes e todas prescrições que dão o sentido básico do regime constitucional, como são, por exemplo, as que apontam para a autonomia dos Estados, do Distrito Federal e especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais”.

No entanto Tavares (2001, p. 38), ao manifestar-se sobre o assunto, aduz que os preceitos fundamentais são constituídos tanto por regras quanto por princípios. Discorre, ainda, que as regras serão fundamentais quando estatuírem categorias particulares de direitos humanos, ou quando revelarem a estrutura do poder e os órgãos constitucionais.

O referido autor pondera ao narrar que todos os preceitos fundamentais gozam de certo grau de indeterminação, apesar de alguns deles se revelarem como verdadeiras regras e não princípios propriamente ditos, embora nem todos os princípios estejam expressamente discriminados na Constituição.

Ao considerar se a ADPF poderia ser manejada como instrumento para

questionar a falta de previsão na lei para os casos de interrupção da gestação de feto anencefálico, o ministro Gilmar Mendes, em seu voto na medida liminar da ADPF nº 54, afirmou que, para manutenção da segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal, detentor da competência para apreciar a ADPF, deveria dar uma interpretação ampla, geral e imediata sobre o tema, o que evitaria decisões contraditórias em outras instâncias.

O ministro Gilmar Mendes relatou que a própria insegurança jurídica pode ser vista como descumprimento de preceito fundamental. Para ele, o que a suscitante da ADPF nº 54 questiona é a necessidade de se respeitar um preceito fundamental da Constituição Brasileira, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade e do direito à saúde.

A priori, para melhor nortear o assunto, urge a necessidade de se conceituar os institutos; preceitos, regras e princípios, delineando a interpretação historicamente mais adequada a essas três premissas basilares do assunto ora apontado no texto constitucional brasileiro.

Para Bonavides (1997, p. 259), “os princípios constitucionais são normas que consagram valores que servem de fundamento para todo o ordenamento jurídico e irradiam-se sobre este para transformá-lo em verdadeiro sistema, conferindo-lhe a necessária harmonia.”

De acordo com Zimmermann (2003, p. 01), “os princípios constitucionais não são apenas relevantes à questão da mera legalidade formal, mas igualmente referentes à criação de uma concepção mais propriamente axiológica do direito”.

É necessário um redimensionamento dinâmico dos valores de determinado Estado Democrático de Direito, não se podendo ignorar as mudanças,

o que essencialmente conceitua a Constituição em um sistema aberto de normas e princípios.

Confirmando esse entendimento, Canotilho dispunha que o sistema constitucional português é um sistema aberto, e que nós trazemos sua lição à colação porque entendemos perfeitamente aplicável ao nosso ordenamento, então vejamos:

[...] O sistema jurídico do Estado de direito democrático português é um sistema normativo aberto de regras e princípios. Este ponto de partida carece de descodificação(1)é um sistema jurídico porque é um sistema dinâmico de normas;(2)é um sistema aberto porque tem uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e capacidade de aprendizagem das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da verdade e da justiça;(3)é um sistema normativo, porque a estruturação das expectativas referentes à valores, programas, funções e pessoas, é feita através de normas;(4)é um sistema de regras e de princípios, pois as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras. (CANOTILHO, 1999, apud COELHO, 1999, p. 01).

Como ressaltou o citado jurista, o sistema jurídico constitucional pátrio denota-se aberto, pois necessita, para sua aplicabilidade, de se inter-relacionar com a realidade fática, estando propenso às mudanças históricas e valorativas, pois não é a constituição um fim em si mesmo, fechada às estruturas de interpretação dialógicas.

A Constituição não pode ser um sistema simplesmente prescritivo de regras, em que se pretenda exaurir a regulação das condutas humanas, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, tornando o sistema completo em sua plenitude, tendo em vista que nosso sistema não tem capacidade de exaurir em regras a regulação das condutas humanas.

A despeito de regras e princípios, Canotilho (apud, COELHO, 1999, p. 01), sintetiza a questão da seguinte forma:

A existência de regras e princípios, tal como se acaba de expor, permite a decodificação, em termos de um <constitucionalismo adequado>(Alexy:gemassigte Konstitutionnalismus),da estrutura sistêmica, isto é,possibilita a compreensão da constituição como sistema aberto de regras e princípios.

Um modelo ou sistema constituído exclusivamente por regras conduzir-nos-ia a um sistema jurídico de limitada racionalidade prática. Exigiria uma disciplina legislativa exaustiva e completa – legalismo – do mundo e da vida, fixando, em termos definitivos, as premissas e os resultados das regras jurídicas. Conseguir-se-ia um <sistema de segurança>, mas não haveria qualquer espaço livre para a complementação e o desenvolvimento de um sistema, como o constitucional, que é necessariamente um sistema aberto. Por outro lado, um legalismo estrito de regras não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta. Corresponderia a uma organização política monodimensional(Zagrebel'sky).

O modelo ou o sistema baseado exclusivamente em princípios (Alexy:prinzipien – Modell des Rechtssystems) levar-nos-ia a uma consequência também inaceitáveis. A indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do <possível> fático e jurídico, só poderiam conduzir a um sistema falho de segurança jurídica e tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema. Daí a proposta aqui sugerida. Qualquer sistema jurídico carece de regras jurídicas...Contudo, o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) [...].

No entanto, o entendimento acima mostra que se o sistema jurídico fosse pleno, capaz de proporcionar plena segurança jurídica, poder-se-ia ter um sistema desfalcado da necessária flexibilidade para trabalhar estas regras e, conseqüentemente, buscar um melhor dimensionamento dos valores e interesses existentes em uma sociedade moderna.

Também não poderia um sistema constitucional ser meramente principiológico, visando apenas regras direcionadoras das condutas, de princípios que, sabe-se, são dotados de conceitos jurídicos indeterminados no mais das vezes, o que, apesar de possibilitar o contrabalanceamento de valores, tornaria a segurança jurídica um fenômeno quase inexistente.

Quando se fala em princípio de direito, encontramos na assertiva de Mello (1995, p. 230) uma definição segundo a qual:

O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas

compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência dos diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

Por fim temos que somente ao Supremo Tribunal Federal caberá indicar os casos da *arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição*, em consequência de que ao legislador ordinário não caberia apresentar um texto definitivo dos preceitos fundamentais, posto que mudanças são inevitáveis e o ordenamento jurídico brasileiro muito dinâmico.

A esse respeito, o ministro Néri da Silveira, proferiu seu voto na ADPF nº 01, *in verbis*:

Cabe exclusiva e soberanamente ao STF conceituar o que é descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição, porque promulgado o texto constitucional é ele o único, soberano e definitivo intérprete, fixando quais são os preceitos fundamentais, obediente a um único parâmetro – a ordem jurídica nacional, no sentido mais amplo. Está na sua descrição indicá-los

Parece-nos, porém, que, desde logo, podem ser indicados, porque, pelo próprio texto, não objeto de emenda, deliberação e, menos ainda, abolição: a forma federativa do Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais. Desta forma, tudo o que diga respeito a essas questões vitais para o regime pode ser tido como preceitos fundamentais. Além disso, admita-se: os princípios do Estado democrático, vale dizer, soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho, livre iniciativa, pluralismo político; os direitos fundamentais individuais e coletivos; os direitos sociais; os direitos políticos, a prevalência das normas relativas à organização político administrativa; [...].

Ressalte-se que é atribuição do STF fixar quais são os preceitos fundamentais, na qualidade de guardião e intérprete da Constituição. No entanto o legislador originário, na carta de 1988, estabelece como princípios fundamentais, os dispostos nos arts. 1º a 4º; art. 5º e incisos; art. 37 e os princípios constitucionais sensíveis tratados no art. 60, § 4º, incisos. I a IV.

Ademais, torna-se difícil que os princípios sejam todos expressos, pois é tendência do fenômeno jurídico trabalhar, deduzindo do próprio sistema como um todo, com princípios implícitos, normalmente supra-ordenadores o que, de qualquer forma, acabaria por redundar na falta de segurança jurídica acima mencionada, no entanto nos valem de citar no trabalho alguns dos princípios resguardados pela Carta pátria.

3.1.1 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O autor Alves (2002, p.125) se refere à Dignidade da Pessoa Humana como Valor ou Princípio:

[...] parece acertado concluir que a designação de “valor” ou de “princípio”, quando referida ao papel reservado à idéia de dignidade da pessoa humana inscrita no ordenamento constitucional, quase sempre é feita em sentido unívoco, na medida em que tais expressões se prestam a indicar, quase que de maneira uniforme em todos os doutrinadores que se debruçam sobre essa temática, um sentido de normatividade e cogência, e não de meras cláusulas retóricas ou de estilo, ou manifestações de bons propósitos. Reveste-se, pois, ao contrário, verdadeira força vinculante, de caráter jurídico, apta a disciplinar as relações sociais pertinentes, como “fonte de direito subjetivo, ou seja, como supedâneo e pretensões jurídicas deduzíveis em juízo”.

Nunes define o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento de todo o arcabouço normativo:

É ela a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. A isonomia serve, é verdade, para equilíbrio real, porém visando concretizar o direito à dignidade. É a dignidade que dá a direção, o comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete. Coloque-se, então, desde já que, após a soberania, aparece no Texto Constitucional a dignidade como fundamento da República brasileira. (NUNES, 2002, p. 45).

O art. 1.º da carta de 1988 assim prevê:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado

Democrático de Direito e temo como fundamentos:

I—a soberania

II – a cidadania

III – a dignidade da pessoa humana

“A dignidade da pessoa humana foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos”, define Barroso (2005). “A Constituição de 1988 se integra ao movimento doutrinário pós-positivista, caracterizado pela reaproximação entre o direito e a ética, pelo resgate dos valores cívicos e pela primazia dos direitos fundamentais”, conclui o autor.

Bastos (1988. p. 425) nos ensina que "A referência à dignidade da pessoa humana parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social."

Moraes (1999, p. 66) diz sobre a dignidade da pessoa humana:

[...] concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas do Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é uma valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

No entanto, a dignidade da pessoa humana é um princípio considerado fundamental, visto que repercute sobre todo o ordenamento jurídico.

Sobre esse princípio Diniz (2004, p. 81) discorre que:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado fundamental para a ética da antecipação terapêutica. O diagnóstico da má formação fetal incompatível com a vida é uma situação de extremo sofrimento para as mulheres e os futuros pais. São situações em que todos os recursos científicos disponíveis para reverter o quadro da má formação são nulos.

Coutinho (2004) comenta que o Direito é complexo e axiológico:

Não se restringe à redação das normas, também é inegável que no caso em comento, normas de conteúdo ético, religioso e culturais, estarão sempre sendo questionadas, contudo o mais importante é saber adequar estes padrões pré-estabelecidos com o princípio da dignidade da pessoa humana (Art 1º, III, da Constituição Federal). Também é cediço que a dignidade humana foi alçada ao centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, podendo-se afirmar que a Carta Política de 1988, se integra ao movimento político pós-positivista que busca a reaproximação entre o direito e a ética, afastando-o por consequência da religião (secularização), afinal Direito é Direito, Religião é Religião e Dogma é Dogma.

Como se percebe acima a tutela de direitos pressupõe que seja respeitada a dignidade do homem.

3.1.2 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade, positivado no inciso II do art. 5º da Constituição, na dicção de que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", exaspera anseios distintos em sua aplicação ao Poder do Estado e aos particulares.

Para o Poder Estatal, somente é facultado agir por imposição ou autorização legal. Do contrário aos particulares, esta é a cláusula constitucional da liberdade no direito brasileiro: se a lei não proíbe determinado comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas autodeterminação de fazê-lo ou não.

A liberdade incide em ninguém ter de submeter-se a qualquer vontade que não a da lei, e, no entanto, desde que seja ela formal e materialmente constitucional. Referenda-se a autonomia da vontade individual, cuja atuação somente deverá ceder ante os limites impostos pela legalidade. De tal formulação se interpreta que tudo aquilo que não está proibido por lei é juridicamente permitido.

3.1.3 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

A par desse princípio, Fabríz (2003, p. 109), em sua obra *Bioética e Direitos Fundamentais*, relata:

Identificado como respeito à pessoa, o princípio da autonomia (autos, eu; nomos, lei) denota que todos devem ser responsáveis por seus atos. A responsabilidade, nesse sentido, implica atos de escolha. Devem-se respeitar a vontade, os valores morais e as crenças de cada pessoa. Ressalta Leo Pessini e Paul de Barchifontaine que mencionado princípio diz respeito à capacidade de a pessoa governar-se a si mesma, ou a capacidade de se autogovernar, escolher, dividir, avaliar, sem restrições internas ou externas.

Em outro ponto da obra completa Fabríz (2003, p.110) sobre o princípio da autonomia da vontade, “justifica-se como princípio democrático, no qual a vontade e o consentimento livres do indivíduo devem constar como fatores dominantes, posto que tais elementos ligam-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana.”

Os posicionamentos de Piovesan e Sarmiento (2004) não são diferentes, como se vê:

Com fundamento nos direitos à liberdade, à autonomia e à saúde, entendemos caber à mulher e aos casais, na qualidade de plenos sujeitos de direitos, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado em caso de anencefalia fetal. A responsabilidade de efetuar escolhas morais sobre a interrupção ou o prosseguimento da gravidez não apenas assegura à mulher o seu direito fundamental à dignidade mas permite a apropriada atuação dos profissionais de saúde. Impedir a antecipação terapêutica do parto, em hipótese de patologia que torna absolutamente inviável a vida extra-uterina, significa submeter a mulher a um tratamento cruel, desumano ou degradante, equiparável à tortura, porque violatório de sua integridade psíquica e moral.

3.1.4 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A idéia de Igualdade (*égalité*) foi um dos lemas da Revolução Francesa,

do séc. XVII, que se sustentava pelo trinômio: Liberdade, Igualdade e Fraternidade, considerada a mais importante realização da história contemporânea. Com propósito nos ideais iluministas, igualdade ecoou em todo o mundo, derrubando os regimes absolutistas.

Em 1948, passou a integrar o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos logo em seu art. 1º, que assim dispõe: "Todos os seres humanos nascem **livres e iguais em dignidade e em direitos**. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade." (grifo nosso)

A Constituição Federal de 1988 acolhe valores fundamentais, dentre os quais o princípio da igualdade. No preâmbulo desta Carta, pode-se encontrar destaque ao referido princípio:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, **a igualdade** e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e **sem preconceitos**, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Já no art. 5º, a Constituição Federal de 1988, estatui:

Art. 5º. **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à **igualdade**, à segurança e à propriedade [...]. (CONSTITUIÇÃO DO BRASIL, 2002, p. 15)

O autor Mello (1984, p. 39) tem uma definição onde expressa toda sua vontade de igualdade entre as partes, pois narra:

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

O que assevera ainda mais esta pretensão, e faz ressurgir um momento

de polarização é o ensinamento de Rui Barbosa em seu discurso *Oração aos Moços*, quando paraninfo da Faculdade de Direito de São Paulo, em 1920:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (BARBOSA, 2003, p.19)

O princípio da igualdade constitui-se em verdadeiro princípio geral de direito, pois atua primeiramente como um limite ao legislador seja ele do Poder Legislativo, do Executivo ou do Judiciário, no exercício de suas competências funcionais constitucionais.

Para Barroso (2005), a incidência do princípio da igualdade num primeiro momento se dá sobre o conteúdo material das espécies normativas editadas posteriormente à promulgação da Constituição de 1988 as quais não podem conter em seus respectivos textos, disposições que criem tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro momento a igualdade deve trabalhar na atividade intelectual do intérprete, principalmente aquele investido de autoridade pública e que tem por função aplicar a lei. Esta aplicação não pode ser efetivada a partir de uma interpretação que faça distinções de qualquer natureza, seja por razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça ou classe social, entre sujeitos em situações jurídicas idênticas.

O princípio ou garantia de isonomia, afirma Delgado (1993, p. 72) é postulado geral e de aplicação universal em quaisquer ramos do direito:

Nenhuma das funções estatais, a legislativa, a administrativa e a judiciária, pode estabelecer privilégios e discriminações no trato dos componentes do organismo social, sob pena de ferir o seu conteúdo político-ideológico. Muito

embora seja o princípio da igualdade o de mais difícil tratamento jurídico, não se deve, ao aplicá-lo, afastar o entendimento de que ele postula um tratamento uniforme de todos os homens.

A autora Grinover (apud DELGADO, 1993, p. 73), por ocasião, ressalta que "essa garantia encontra-se presentes em todos os dispositivos articulados da Constituição Federal, quer de modo expresso, quer de forma implícita, por se constituir em direito absoluto do cidadão brasileiro".

No entanto se percebe grande preocupação dos constituintes originários, dos legisladores derivados, assim como de órgãos dos Poderes da União, Estados e Municípios, em banir todas as espécies de discriminação, o que propõe ao interpretar literalmente a norma inserta no art. 5º da CF, que devemos tratar igualmente a todos.

3.2 ATO DO PODER PÚBLICO

A Lei 9.882/99, que tem por objeto a prevenção e reparação de lesão a preceito fundamental decorrente de **ato do poder público**, diferentemente do que ocorre com a Ação Direta de Inconstitucionalidade e com a Ação Declaratória de Constitucionalidade, nas quais o ato impugnado deve ser **ato normativo federal ou estadual**.

O conceito de atos normativos para Moraes (1998, p. 538) surge:

Quando a circunstância evidenciar que o ato encerra um dever-ser e veicula, em seu conteúdo, enquanto manifestação subordinante de vontade, uma prescrição destinada a ser cumprida por destinatários indeterminados, deverá ser considerado ato normativo.

A previsão legal é que apenas atos do poder público devem ser levados à fiscalização abstrata da constitucionalidade, pois os atos de natureza privada contrários à Constituição podem ser impugnados pela via judicial (controle difuso).

Para a jurisprudência do STF, na ação abstrata de controle de constitucionalidade, vem-se adotando o entendimento de que não se tipificam como normativos os atos estatais desprovidos de abstração, generalidade e impessoalidade, é o que se extrai da ADIn nº 643, em que o participa como relator o Ministro Celso de Mello:

O controle concentrado de constitucionalidade [...] tem uma só finalidade: propiciar o julgamento em tese, da validade de um ato estatal, de conteúdo normativo, em face da Constituição, viabilizando, assim, a defesa objetiva da ordem constitucional.

O conteúdo normativo do ato estatal, desse modo, constitui pressuposto essencial do controle concentrado, cuja instauração – decorrente de adequada utilização da ação direta – tem por objetivo essa abstrata fiscalização de sua constitucionalidade.

No controle abstrato de normas, em cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se, portanto, a uma só finalidade: a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto.

Não se tipificam como normativos os atos estatais desvestidos de abstração, generalidade e impessoalidade

[...]

O ato questionado, não obstante formalmente legislativo, atua como instrumento concretizador da transação dominial dos bens móveis que enuncia, definindo, em sua extensão subjetiva, o único destinatário desse gesto de liberdade estatal: uma entidade de classe revestida de personalidade de direito privado. (RTJ 139/73)

Daí entende-se que no controle abstrato de normas, cujo âmbito instauram-se relações processuais objetivas, visa-se a tutela da ordem constitucional, sem vinculações quaisquer a situações jurídicas de caráter individual ou concreto.

A esse mesmo respeito, destacando o caráter de abstração, generalidade e impessoalidade das normas, como requisito para a apreciação da constitucionalidade em sede abstrata, tem-se o julgado da ADIn n.º 842, em que o relator Ministro Celso de Mello destaca:

Objeto do controle normativo abstrato, perante a Suprema Corte, são, em nosso sistema de direito positivo, **exclusivamente**, os atos normativos federais, distritais ou estaduais. Refogem a essa jurisdição excepcional de controle os atos materialmente administrativos, **ainda que incorporados ao texto de lei formal**.

Dentro desse contexto, portanto, não se revela lícita a utilização da ação direta de inconstitucionalidade como sucedâneo da ação popular constitucional, destinada, esta sim, a preservar, em função de seu amplo espectro de atuação jurídico-processual, a intangibilidade do patrimônio público e a integridade do princípio da moralidade administrativo [sic]. (CF, art. 5º, LXXIII) (RTJ 147/545, grifo no original).

O posicionamento de Mendes (1999, p.162), relativamente à exclusão do controle concentrado de constitucionalidade de leis, é abalizado no seguinte:

A extensão dessa jurisprudência, desenvolvida para afastar do controle abstrato de normas os atos administrativos de efeito concreto, às chamadas leis formais suscita sem dúvida, alguma insegurança, porque coloca a salvo do controle de constitucionalidade um sem-número de leis. Não se discute que os atos do Poder Público sem o caráter de generalidade não se prestam ao controle abstrato de normas, porquanto a própria Constituição elegeu como objeto desse processo os atos tipicamente normativos, entendidos como aqueles dotados de um mínimo de generalidade e abstração.

Ademais, não fosse assim, haveria uma superposição entre a típica jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária.

Outra há de ser, todavia, a interpretação se se cuida de atos editados sob a forma de lei. Nesse caso, houve por bem o constituinte não distinguir entre leis dotadas de generalidade e aquelas outras, conformadas sem o atributo da generalidade e abstração. Essas leis formais decorrem da vontade do legislador ou da vontade do próprio constituinte, que exige que determinados atos, ainda que de efeito concreto, sejam editados sob a forma de lei (v. g., lei de orçamento, lei que institui empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia e fundação pública).

Ora, se a Constituição submete a lei ao processo de controle abstrato, até por ser este o meio próprio de inovação na ordem jurídica e o instrumento adequado de concretização da ordem constitucional, não parece admissível que o intérprete debilite essa garantia da Constituição, isentando um número elevado de atos aprovados sob a forma de lei do controle abstrato de normas e, muito provavelmente, de qualquer forma de controle. É que muitos desses atos, por não envolverem situações subjetivas, dificilmente poderão ser submetidos a um controle de legitimidade no âmbito da jurisdição extraordinária.

Ressalte-se que não se vislumbram razões de índole lógica ou jurídica contra a aferição da legitimidade das leis formais no controle abstrato de normas, até porque abstrato – isto é, não vinculado ao caso concreto – há de ser o processo e não o ato legislativo submetido ao controle de constitucionalidade. Por derradeiro, cumpre observar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal acima referido acaba, em muitos casos, por emprestar significado substancial a elementos muitas vezes acidentais, a suposta generalidade, impessoalidade e abstração ou a pretensa concretude e singularidade do ato do Poder Público.

Os estudos e análises no plano da Teoria do Direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto – lei casuística – de forma genérica e abstrata, quanto seria admissível apresentar como lei de efeito

concreto uma regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações.

Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas.

Tendo em vista este entendimento, Mendes (1999) argumenta que “todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas”.

Outro problema que se apresenta é a definição desses conceitos de abstração e de generalidade serem dados pelo Tribunal, que pode cometer o equívoco de reputar de efeito concreto e negando seguimento ao processo de fiscalização abstrata de ato manifestamente possuidor dos atributos exigidos pela Corte.

Resta claro assim, que cabe ao Tribunal estabelecer a aferição da presença, em um ato normativo levado à fiscalização abstrata da constitucionalidade, dos requisitos necessários à instalação dessa fiscalização.

Tal apreciação, eminentemente subjetiva, acaba por não possuir nenhum critério efetivo, o que pode gerar equívocos, conforme mencionado, e até mesmo insegurança jurídica, sendo esse estado de incerteza completamente avesso às diretrizes, até mesmo legitimadoras, do controle abstrato de constitucionalidade.

Ainda a respeito de atos públicos, segundo a definição do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADPF nº 01²², o mesmo assentou que o ato do Poder Público objeto da arguição não pode ser ato de cunho

71_____

²² Ementa retirada do sítio www.stf.gov.br em 03/04/2006.

eminentemente político, como se vê da ementa:

[...] 6. O objeto da argüição de descumprimento de preceito fundamental há de ser "ato do Poder Público" federal, estadual, distrital ou municipal, normativo ou não, sendo, também, cabível a medida judicial "quando for relevante o fundamento da controvérsia sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição". 7. Na espécie, a inicial aponta como descumprido, por ato do Poder Executivo municipal do Rio de Janeiro, o preceito fundamental da "separação de poderes", previsto no art. 2º da Lei Magna da República de 1988. O ato do indicado Poder Executivo municipal é veto apostado a dispositivo constante de projeto de lei aprovado pela Câmara Municipal da Cidade do Rio de Janeiro, relativo ao IPTU. 8. No processo legislativo, o ato de vetar, por motivo de inconstitucionalidade ou de contrariedade ao interesse público, e a deliberação legislativa de manter ou recusar o veto, qualquer seja o motivo desse juízo, compõem procedimentos que se hão de reservar à esfera de independência dos Poderes Políticos em apreço. 9. Não é, assim, enquadrável, em princípio, o veto, devidamente fundamentado, pendente de deliberação política do Poder Legislativo - que pode, sempre, mantê-lo ou recusá-lo, - no conceito de "ato do Poder Público", para os fins do art. 1º, da Lei nº 9882/1999. Impossibilidade de intervenção antecipada do Judiciário, - eis que o projeto de lei, na parte vetada, não é lei, nem ato normativo, - poder que a ordem jurídica, na espécie, não confere ao Supremo Tribunal Federal, em via de controle concentrado. 10. Argüição de descumprimento de preceito fundamental não conhecida, porque não admissível, no caso concreto, em face da natureza do ato do Poder Público impugnado.

No caso acima, trata-se de veto parcial de Chefe do Poder Executivo Municipal a projeto de lei aprovado por Câmara Municipal. O Tribunal entendeu que o veto consiste em ato do Poder Executivo, em sentido próprio e não poderia ser enquadrado na expressão "ato do Poder Público" para fins de controle por ADPF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o conhecimento da argüição acarretaria afronta ao princípio da separação dos Poderes.

De todo exposto, nos resta raciocinar que o princípio de separação de poderes esculpido no texto constitucional deve ser prestigiado nessa interpretação que não se prende à literalidade da expressão "*atos do Poder Público*".

3.3 NORMAS ANTERIORES À CONSTITUIÇÃO

Apesar de encontrar-se bastante evoluído o controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, o Supremo Tribunal Federal entende que as leis anteriores à Constituição foram revogadas, e muitas continuam sendo aplicadas, durante décadas no país.

O que ocorre é que essas leis continuam sendo aplicadas, durante longos anos, haja vista que não podem ser retiradas da ordem jurídica através do controle direto, e o Supremo somente as examinará em recurso extraordinário, depois decorrido anos de espera sem a devida efetividade jurisdicional.

No entanto esta questão, em matéria de controle concentrado do direito pré-constitucional, foi resolvida quando da promulgação da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, quando se determinou o alcance e a abrangência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, conforme se vê *in verbis* do § 1º, inciso I:

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

Nesta modalidade de controle concentrado, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, tornou-se possível a apreciação de toda e qualquer lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição, que não pudesse ser objeto de outra forma de controle concentrado.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental teve no dia 07/12/05 seu primeiro julgamento de mérito no Supremo Tribunal Federal.

No caso concreto, a ADPF nº 33, o plenário do STF declarou, por unanimidade, a ilegitimidade um decreto estadual anterior à Constituição que vinculava os vencimentos dos servidores de um instituto estadual ao salário mínimo nacional. O relator da ação, ministro Gilmar Mendes, reafirmou seu entendimento na decisão, julgando-a procedente, como se vê no seu voto²³:

Já sob o império da nova Constituição, teve o STF oportunidade de discutir amplamente a questão na ADIn no 2, da relatoria do eminente Min. Paulo Brossard. Embora o tema tenha suscitado controvérsia, provocada pela clara manifestação de Sepúlveda Pertence em favor da revisão da jurisprudência consolidada do Tribunal, prevaleceu a tese tradicional, esposada por Paulo Brossard. Em síntese, são os seguintes os argumentos expendidos por Brossard:

"A idéia nuclear do raciocínio reside na superioridade da lei constitucional em relação às demais leis. A Constituição é superior às leis por ser obra do poder constituinte; ela indica os Poderes do Estado, através dos quais a nação se governa, e ainda marca e delimita as atribuições de cada um deles.

Do Legislativo, inclusive. Tendo este a sua existência e a extensão dos seus poderes definidos na Constituição, nesta há de encontrar, com a enumeração de suas atribuições, a extensão delas. E na medida em que as exceder estará praticando atos não autorizados por ela. Procede à semelhança do mandatário que ultrapassa os poderes conferidos no mandato.

Assim, uma lei é inconstitucional se e quando o legislador dispõe sobre o que não tinha poder para fazê-lo, ou seja, quando excede os poderes a ele assinados pela Constituição, à qual todos os Poderes estão sujeitos.

Disse-se que a Constituição é a Lei Maior, ou a Lei Suprema, ou a Lei Fundamental, e assim se diz porque ela é superior à lei elaborada pelo poder constituído. Não fora assim e a lei a ela contrária, obviamente posterior, revogaria a Constituição sem a observância dos preceitos constitucionais que regulam sua alteração.

Decorre daí que a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador será sujeito. E em relação a nenhuma outra.

O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. Existiu, deixou de existir. Muito menos à Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. De resto, só por adivinhação poderia obedecê-la, uma vez que futura e, por conseguinte, ainda inexistente.

É por esta singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado

74_____

²³ Voto parcial retirado do sítio www.stf.gov.br.

que, por outro princípio elementar, a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham." (A Constituição e as leis anteriores, Arquivos do Ministério da Justiça 180/125 (126-127), 1992).

Sepúlveda Pertence sustentou, por seu turno, a aplicação do princípio da supremacia da Constituição também à lei pré-constitucional. A seguinte passagem contém uma boa síntese dos argumentos expendidos por Sepúlveda Pertence:

"Indaga, a propósito, o eminente Relator, com a eloquência que o singulariza, 'como poderia o legislador observar Constituição inexistente ao tempo em que elaborou a lei, como poderia quebrantar normas constitucionais que só mais tarde viriam a ser promulgadas'.

'Mesmo que o legislador fosse vidente' - responde S. Exa - 'e tivesse a antevisão do que iria acontecer, e de antemão soubesse que uma Constituição com tais e quais preceitos viria a ser promulgada, mesmo assim não lhe poderia obedecer, por estar sujeito aos preceitos e termos da Constituição vigente'.

Com todas as vênias, não me convenci de que o argumento, de fascinante cintilação retórica, tivesse maior peso jurídico.

A inconstitucionalidade é apenas o resultado de um juízo de incompatibilidade entre duas normas, ao qual é de todo alheia qualquer idéia de culpabilidade ou responsabilidade do autor da norma questionada pela ilicitude constitucional.

A razão, por isso, cabe a Jorge Miranda (Manual, cit., II/250) quando anota que 'a inconstitucionalidade não é primitiva ou subsequente, originária ou derivada, inicial ou ulterior. A sua abstrata realidade jurídico-formal não depende do tempo de produção dos preceitos'.

Atemporal e impessoal, a inconstitucionalidade repele, pois, o que, embora a outro propósito, Calamandrei ("Ilegitimidade constitucional de las leyes", em Estudios, cit., III/89) chamou de 'concepção, por assim dizer, antropomórfica do que, na realidade, é somente um conflito objetivo de normas'.

Ao contrário, quando se cuida de inconstitucionalidade superveniente — que advém do cotejo de uma norma editada sob uma ordem constitucional com as normas e princípios de um outro ordenamento, futuro — a declaração da invalidade sucessiva da lei pode até significar o reconhecimento da lealdade do seu autor aos valores constitucionais da sua época.

Tanto assim é já antes se observou, que o mesmo conteúdo normativo da regra legal fulminada de inconstitucionalidade superveniente poderá seguir regendo os fatos anteriores à nova Lei Fundamental, se assim o determinarem os cânones do direito intertemporal pertinente." (Cf. ADIn no 2, Rel. Min. Paulo Brossard, DJU 12.2.92; v., também, José Paulo Sepúlveda Pertence, "Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos", in Arquivos do Ministério da Justiça 180/148 (170), julho-dezembro de 1992).

As teses acima contrapostas contém bons argumentos, aptos a legitimar qualquer uma das possíveis conclusões.

Não se deve olvidar, outrossim, tal como enfatizado por Sepúlveda Pertence, (Ação direta de inconstitucionalidade e as normas anteriores: as razões dos vencidos, in Arquivos do Ministério da Justiça 180/148(170)), que o debate sobre a inconstitucionalidade ou revogação do direito pré-constitucional em face do direito constitucional superveniente está imantado por uma opção

político-constitucional e pragmática, que, diante da inequívoca razoabilidade das orientações, faz prevalecer uma das duas posições ou, ainda, permite desenvolver fórmulas de compromisso, com vistas à preservação de competência da jurisdição ordinária para conhecer de questões nos sistemas de controle concentrado.

É inegável, todavia, que a aplicação do princípio *lex posterior derogat priori* na relação lei/Constituição não é isenta de problemas, uma vez que esse postulado pressupõe idêntica densidade normativa (Cf., a propósito: *Ipsen, cit.*, p. 163; José de Castro Nunes, *Teoria e Prática do Poder Judiciário*, pp. 603-604). Até porque, como expressamente contemplado no art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, a derrogação do direito antigo não se verifica se a nova lei contiver apenas disposições gerais ou especiais sobre o assunto (*lex generalis* ou *lex specialis*).

Portanto, pode-se afirmar que o princípio *lex posterior derogat priori* pressupõe, fundamentalmente, a existência de densidade normativa idêntica ou semelhante (Cf., a propósito, *Ipsen, cit.*, p. 164), estando, primordialmente, orientado para a substituição do direito antigo pelo direito novo (Cf. *Ipsen, cit.*, p. 165). A Constituição não se destina, todavia, a substituir normas do direito ordinário (Cf. *Ipsen, cit.*, p. 165).

A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei no 9.882, de 1999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal.

Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade propor arguição de descumprimento.

Como se vê no voto supracitado do Ministro Gilmar Mendes, a arguição “vem colmatar uma lacuna importante no sistema constitucional brasileiro, permitindo que controvérsias relevantes afetas ao direito pré-constitucional sejam solvidas pelo STF com eficácia geral e efeito vinculante”.

Nessa linha de raciocínio este é o mesmo entendimento de Sarmento (2000, p. 95):

Diante da discutível orientação pretoriana, criou-se um vácuo no controle abstrato de normas, prejudicial à segurança jurídica, à medida que a solução de controvérsias relevantes envolvendo a recepção das normas infraconstitucionais deixou de contar com um instrumento definitivo de pacificação dos conflitos, dotado de eficácia *erga omnes*. Portanto, entendemos que a Lei nº 9.882/99 preencheu, em boa hora, este vazio, ao possibilitar o controle abstrato do direito pré-constitucional, em sintonia, aliás, com a jurisdição constitucional no direito comparado. Não vemos nisso nenhum tipo de inconstitucionalidade, já que o art. 102, § 1º, da Constituição Federal, não contempla qualquer limitação, expressa ou implícita, relativa às

normas pré-constitucionais.

No entanto esse inciso do parágrafo primeiro tem sofrido divergências e contradições entre os doutrinadores e juristas, pois diante de voto do Ministro Carlos Velloso²⁴ na ADPF nº 54, foi pronunciado assim seu entendimento:

Se é assim relativamente ao pedido principal, o que significa decidir pelo não-cabimento da arguição, melhor sorte não teria a autora no seu pedido alternativo | o acolhimento da ADPF como ADI. É que os dispositivos da lei penal invocados constituem direito pré-constitucional. A pretensão da autora resultaria, em última análise, na declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, de normas infraconstitucionais | as normas penais mencionadas | anteriores à Constituição de 1988. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do **leading case**, ADI nº 2, não admite ação direta de inconstitucionalidade de direito pré-constitucional.

X

Aliás, o inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.882, de 03.12.99, que admite a ADPF sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, deve ser visualizado com a maior cautela, por isso que, conforme acima foi dito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a inconstitucionalidade superveniente, com base na doutrina de Kelsen da não-recepção de normas anteriores à Constituição, com esta incompatíveis.

Resta claro que a posição do STF de não admitir o controle concentrado de leis e de atos normativos anteriores à Constituição Federal deve ser revista, tendo em vista as novas disposições da Lei 9.882/99.

3.4 CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE DOS ATOS NORMATIVOS MUNICIPAIS

Tratando-se o Brasil de uma Federação, atributo do Estado Democrático de Direito caracterizado pela descentralização territorial do poder, no qual os

⁷⁷

²⁴ (Voto do M. CARLOS VELLOSO na ADPF nº 54, retirado do sítio www.stf.gov.br)

Estados-membros e os Municípios possuem autonomia. Essa unidade do Estado se manifesta em três esferas, cada qual delimitada pelas normas da Constituição Federal, atuando como um Tratado da Federação.

Desse modo, os Estados possuem também suas Constituições, de modo que o controle de constitucionalidade por via de ação direta, ou concentrado, se opera em dois níveis, o federal e o estadual.

Ao Supremo Tribunal Federal caberá processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, conforme disciplina o art. 102, I, "a" da Constituição Federal.

Entretanto, tratando-se do controle da constitucionalidade das leis municipais ou estaduais, em face da Constituição Estadual, a competência é do Tribunal de Justiça dos Estados, em obediência ao preceito constitucional da Carta de 1988, de acordo com as normas do art. 125 e seu § 2º, *verbis*:

Art. 125- Os Estados organizarão suas Justiças, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 2º – Cabe aos Estados a instituição da representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimidade para agir a um único órgão.

No entanto, é pacífica a jurisprudência do STF a respeito de sua competência negativa para o exame da inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, pois assim se vê dos acórdãos²⁵ seguintes:

78_____

²⁵ Acórdãos retirados do sítio www.stf.gov.br.

Acórdão 27.488- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comarca: Capital. Julgamento 06.09.95, Tribunal Pleno. Relator: Des. João Alberto Castello Branco de Paiva. EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Complementar no. 15, de 24 de janeiro de 1.994. Competência do Tribunal de Justiça do Estado para julgar a matéria, nos termos do art. 125 § 2º da Constituição Federal e art. 161, I, I, da Constituição Estadual. Legitimidade de parte da entidade autora, de âmbito estadual, vinculada ao objeto da ação (art. 162, IX, da Constituição Estadual). Os vícios formais que teriam ocorrido no "iter" legislativo para a aprovação da lei atacada não são de molde a ensejar a inconstitucionalidade formal argüida, posto que foram observados os ditames do art. 113 e seu parágrafo 2º da Carta Estadual. Contudo, há choque entre os parágrafos 2º e 3º do art. 1º e o inciso II e seus anexos do art. 2º da Lei Complementar objeto desta ação, respectivamente, com os arts. 295, parágrafo 5º e 18 e seus incisos da Constituição Estadual. Ação julgada parcialmente procedente. Votação unânime.

Acórdão 30.174- Ação Direta de Inconstitucionalidade. Comarca: Capital. Julgamento: 06.11.96, Órgão Especial. Relatora: Des. Maria Lúcia Gomes Marcos do Santos. EMENTA: Câmara Municipal não tem poderes para processar e julgar o Prefeito Municipal. Competência do Egrégio tribunal de Justiça do Estado – Declarados inconstitucionais o art. 90 "caput" e seu parágrafo 1º inciso II e art. 81 da Lei Orgânica do Município de Almeirim por violação ao art. 161, inciso I, letra "a" e art. 56 da Constituição Estadual. Decisão unânime.

Consoante o exposto, não é competência do Supremo Tribunal Federal examinar a constitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal na via de controle concentrado pela ação direta, por outro lado, o exame dessa matéria pode ser viabilizado na via de controle incidental, nos casos em que fosse suscitada através de recurso extraordinário, e que pode eventualmente vir a ser suspensa pelo Senado Federal (art. 52, X, CF²⁶) conferindo-se assim a eficácia *erga omnes* à decisão, que a princípio se restringe às partes, pois é o que se depreende dos seguintes acórdãos²⁷:

EMENTA: Recurso extraordinário. Ato normativo municipal. Representação de inconstitucionalidade declarada extinta pelo Tribunal de Justiça sob o argumento de haver correspondência entre princípio estabelecido na Carta Estadual e o consagrado na Constituição Federal. Consequência: inviabilidade de controle abstrato da constitucionalidade do ato normativo. 1. Compete ao Tribunal de Justiça Estadual apreciar representação de inconstitucionalidade de ato normativo municipal, havendo correspondência entre o princípio estabelecido na Carta Estadual e o consagrado na

⁷⁹_____

²⁶ **Art. 52** - Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...]

²⁷ Acórdãos retirados do sítio www.stf.gov.br

Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, determinando-se a remessa dos autos à origem para que, quanto ao mérito, julgue a ação como entender de direito. (RE-176.482/SP- 2ª Turma, Relator Min. Maurício Corrêa, j. unânime- 28.11.97)

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal. Competência do Tribunal de Justiça. Art. 125, § 2º, da Constituição Federal. Na Rcl 383-SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal admitiu a possibilidade da propositura da ação direta de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça local, tendo por objeto lei municipal confrontada com a Constituição Estadual, mesmo se tratando de dispositivos federais de observância obrigatória pelos Estados, com possibilidade de recurso extraordinário, se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal obrigatória, contraria o sentido e o alcance dessa. Recursos extraordinários conhecidos e providos. (RE 170.173/SP, Primeira Turma, Relator Min. Ilmar Galvão) No mesmo sentido: RE 169.983/97, RE 176.483/97, e RE 176.486/98.

EMENTA: Reclamação. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal em face da Constituição Federal. Competência. Ajuizamento perante Tribunal de Justiça estadual. Lei municipal. Inconstitucionalidade por ofensa à Constituição Federal. Arguição "in abstrato", por meio de ação direta, perante o Tribunal de Justiça. O nosso sistema constitucional não admite o controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal perante o Supremo Tribunal Federal, que tem como competência precípua, a sua guarda, art. 102. O único controle de constitucionalidade de lei e de ato normativo municipal em face da Constituição Federal que se admite é o difuso, exercido "incidenter tantum", por todos os órgãos do Poder Judiciário, quando do julgamento de cada caso concreto. Hipótese excepcional de controle concentrado de lei municipal. Alegação de ofensa a norma constitucional estadual que reproduz dispositivo constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados. Competência do Tribunal de Justiça estadual, com possibilidade de recurso extraordinário para o STF. Precedentes RCL 383-SP e REMC 161.390-AL. Reclamação julgada procedente para cassar a decisão cautelar do Tribunal de Justiça do Estado, exorbitante de sua competência e ofensiva à jurisdição desta Corte, como guardiã primacial da Constituição Federal. Art. 102, "caput", I, "e", da CF. (RCL-337/DF, Relator Min. Paulo Brossard, Pleno, unânime, j. 18.0894)

Entretanto, hoje, a Lei nº. 9.882/99 contempla expressamente a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de Direito Municipal, pois o artigo 1º prevê expressamente a possibilidade de impugnação por arguição dos atos normativos municipais.

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de **ato do Poder Público**.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou **municipal**, incluídos os anteriores à Constituição; (grifo nosso)

O autor Mendes (2001, p.143) afirma que *"ao permitir que não apenas o direito federal, mas também o direito estadual e municipal possam ser objeto de pedido de declaração de constitucionalidade"*, a argüição de descumprimento de preceito fundamental veio mesmo a completar o quadro das "ações declaratórias".

A propósito, não apenas as normas municipais, mas também as normas do Distrito Federal, encontram-se erigidas nesse controle.

No entanto há opiniões divergentes a esse respeito, para certos autores essa previsão deve ser declarada inconstitucional, é o raciocínio de Moraes (2001, p. 21), que enxerga violação do desígnio do constituinte originário de restringir o controle abstrato às normas federais e estaduais, consoante redação do art. 102, inciso I, alínea a, da CF, e também por ter havido extensão da competência do Supremo Tribunal Federal por meio de lei, mas como foi dito alhures existe ADIn questionando a validade do inciso I, parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.882/99, a mesma não foi julgada e tem causado o sobrestamento do julgamento de ações até a final decisão do STF.

4 PROCESSO E JULGAMENTO DA AÇÃO DE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Os legitimados ativos da ação estão elencados no artigo 2º, inciso I²⁸ da Lei nº. 9.882/99 e devem ser os mesmos legitimados para a proposição da ADIn, estão previstos no art. 103 da CF:

Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;)
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Por outro lado, devem ser observadas as mesmas regras da legitimação temática, que foram suscitadas no subtítulo que trata da ADIn, assim vem sendo as decisões do STF quanto a legitimação ativa:

ADPF 75 AgR / SP - SÃO PAULO

AG.REG.NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

[Relator\(a\)](#)

MIN. - CARLOS VELLOSO

[Partes](#)

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N.5-1PROCED.: SÃO PAULO RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO ARGTE.(S): 3ª SUB-SECÇÃO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL ADV.(A/S): DIJALMA LACERDA

[Julgamento](#)

29/07/2005

82_____

²⁸ Art. 2º Podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

Publicação

DJ 09/08/2005 P OOOO2

Despacho

DESPACHO: Em 07.07.2005, ELLEN GRACIE, no exercício da Presidência, negou seguimento à presente **ADPF**, nestes termos: "..... A Terceira Sub-Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Presidente, propôs a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental em face de acontecimentos afirmados notórios, "consubstanciados em solenes invasões de escritórios de Advocacia", autorizados, segundo alega, por "mandados judiciais genéricos", advindos de Estados da Federação outros que não o do efetivo cumprimento, "sem a observância técnico-processual de prévia deprecata" (fl. 03). Assevera que tais fatos contrariam preceito fundamental contido no art. 133 da Constituição Federal, ferindo ainda, por via reflexa, a Lei Federal 8.906/94. Requer que seja determinada, por carta de ordem ou outro meio eficaz, "a incontinente cessação, em todos os níveis jurisdicionais do país, da violação a esses preceitos" (fl. 05). Além de se mostrar inadequada a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental para os fins pretendidos, observo que a requerente não se encontra incluída no rol de legitimados para propor a arguição de descumprimento de preceito fundamental ou a ação direta de inconstitucionalidade, conforme previsto no art. 103 da CF, c/c o art. 2º, I da Lei nº 9.882/99. Falta-lhe, portanto, legitimidade ad causam ativa. Ante o exposto, nego seguimento à presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, pela evidente ilegitimidade ativa ad causam da argüente (RISTF, art. 21, § 1º), ficando prejudicado o exame do pedido de medida liminar." (fl. 23). A Argüente interpõe Agravo Regimental e requer a reconsideração da decisão ou a submissão do Agravo ao Plenário. Decido. A Argüente não traz fato novo capaz de modificar a decisão impugnada. A decisão deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos. Ante o exposto, indefiro o pedido de reconsideração. Distribua-se. Publique-se. Brasília, 29 de julho de 2005. Ministro NELSON JOBIM Presidente (fonte; sítio www.stf.gov.br)

Houve veto do inciso II, do art. 2º da referida lei, que versava sobre a legitimidade de "qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público" propor a arguição. A este respeito, Moraes (2001, p. 22) posicionou-se assim fazendo um comparativo entre o recurso constitucional alemão²⁹ e o austríaco:

83_____

²⁹ Sobre o recurso constitucional na Alemanha, diz Heck em sua obra (1994, p. 115) relata o seguinte: Uma perquirição referente à Jurisdição Constitucional alemã revela que o recurso constitucional não é apenas um dos seus elementos essenciais, mas, simultaneamente, a sua própria medula, que vitaliza os direitos fundamentais. A tarefa do Tribunal Constitucional Federal concentra-se na proteção dos direitos fundamentais, os quais têm, no mencionado recurso, a sua expressão jurídica. Por meio dele constitui-se não somente um instrumento processual que possibilita a qualquer pessoa figurar como guarda da Lei Fundamental, como, ainda, formulou-se um instituto jurídico do qual dimana um efeito educador aos titulares do poder estatal, levando-os a agir dentro dos limites normativos. O recurso constitucional apresenta-se, assim, como o coroamento da idéia de Estado de Direito. Além disso, ele proporciona oportunidades ao Tribunal Constitucional Federal para pronunciar-se sobre magnas questões constitucionais relativas à interpretação dos direitos fundamentais, potencializando, ao mesmo tempo, a atualização da Lei Fundamental em aplicação por meio dos detectores do poder estatal.

A regulamentação do art. 102, § 1º, da CF distanciou, portanto, a arguição de descumprimento de preceito fundamental de seus modelos austríaco e alemão, pois não permitiu acesso direto ao Supremo Tribunal Federal a qualquer pessoa que afirme ter sido diretamente lesionado em face do descumprimento de preceitos fundamentais previstos constitucionalmente, havendo a previsão taxativa dos mesmos co-legitimados para o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103, incisos I a IX).

Entretanto, tal acesso foi negado, com fundamento de se conceder um acesso irrestrito, direto, e individual ao Supremo Tribunal Federal, que é incompatível com o controle concentrado de constitucionalidade, o que poderia ensejar uma elevação excessiva do número de feitos a serem apreciados pelo STF.

A petição inicial deve indicar o preceito fundamental violado ou ameaçado e o ato praticado pelo Poder Público; a prova da violação, ou do risco desta e o pedido e suas especificações: declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental e tudo mais que puder consubstanciar o pedido.

Caso a ação esteja fundada em relevante controvérsia constitucional, a petição inicial deverá ser instruída com prova das divergências, consoante preceitua o art. 3.º, V³⁰, da Lei n. 9.882/99.

Alexandre Moraes, sobre o recurso alemão disserta: “Os direitos fundamentais estão consagrados na Lei Fundamental alemã, nos artigos 1º a 19º: “proteção à dignidade do homem; os direitos de liberdade; a igualdade perante a lei; a liberdade de crença, de consciência e de confissão; o direito de livre expressão do pensamento; o matrimônio, a família e igualdade de filhos naturais; o ensino; a liberdade de reunião; a liberdade de associação; o segredo de correspondência e de comunicações; a liberdade de circulação e permanência; a liberdade de escolha de profissão; o serviço militar e outros serviços obrigatórios e a escusa de consciência; a inviolabilidade de domicílio; o direito de propriedade, de sucessão e a previsão de expropriação; a socialização indenizável; a proteção contra a perda da nacionalidade, extradição e o direito de asilo; o direito de petição; as hipóteses de perda e restrição dos direitos fundamentais” (MORAES, 2003, p. 162)

³⁰ Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

Qualquer interessado pode representar ao Procurador-Geral da República solicitando a propositura da ação, cabendo ao chefe do Ministério Público decidir sobre o cabimento ou não da argüição.

A ação é de natureza residual, alguns doutrinadores e juristas utilizam a denominação subsidiária, o que significa dizer, não será admitida quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, assim se houver outro meio eficaz como a ADIn, a ADC, ou a reclamação, estas devem ser manejadas em detrimento da outra.

Portanto, a subsidiariedade, imposta pelo legislador ordinário, não pode ser encarada como dificuldade intransponível ao manejo da argüição, sob pena de transformar o instituto em letra morta diante da intangibilidade imposta pela jurisprudência.

Ainda sobre o assunto, mister apontar o raciocínio de Mendes (2000, p. 4):

Assim sendo, é possível concluir que a simples existência de ações ou de outros recursos processuais – vias processuais ordinárias – não poderá servir de óbice à formulação da argüição de descumprimento. Ao contrário, tal como explicitado, a multiplicação de processos e decisões sobre um dado tema constitucional reclama, as mais das vezes, a utilização de um instrumento de feição concentrada, que permita a solução definitiva e abrangente da controvérsia.

O autor Tavares (2001, p. 45), mostra sua posição da ADPF no exercício do papel de garante da supremacia constitucional diante do caráter residual:

A argüição, portanto, não é instituto com caráter “residual” em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

(fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Daí o não se poder admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a argüição será a modalidade cabível, o que exclui as demais ações.

Poder-se-ia, neste passo, objetar com argumentos como a recorrente preocupação com o nível de sobrecarga de trabalho do Supremo Tribunal Federal. Na realidade, esse argumento, de índole essencialmente política, pode ser afastado pela “triagem” que será realizada pelos legitimados ativos, bem como pela “filtragem” consistente na necessidade de que se viole preceito fundamental, e não qualquer preceito constitucional. Ademais, importa ressaltar a necessidade de que, nas Constituições analíticas, como a brasileira, o maior número de atos estatais seja passível de controle abstrato, especialmente quando se trata de proteger o núcleo fundamental da Constituição.

O Supremo Tribunal Federal tem se pronunciado favoravelmente ao caráter subsidiário da ação de descumprimento de preceito fundamental, consoante a jurisprudência das ADPF's 72 e 17³¹.

No entanto, tendo como ressalva o caráter subsidiário da ação de descumprimento de preceito fundamental, consubstanciado no § 1º do art. 4º da multicitada lei, o STF tem sido praticamente linear em suas decisões no sentido de conhecer como idôneo outro meio eficaz para impugnação da norma.

Da decisão que indefere a petição inicial cabe agravo, em cinco dias, art. 4º, § 2º.

No que tange a concessão de liminar na ação de descumprimento de preceito fundamental, temos a regra expressa do art. 5º, da Lei nº 9.882/99, a qual possibilita a tutela cautelar nessa modalidade de controle constitucional.

A concessão da tutela cautelar poderá consistir em determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos ou cessem o efeito de decisões já prolatadas que guardem ligação com a matéria objeto da discussão pela ADPF.

Entretanto, tão-somente será admissível a concessão da medida cautelar pela via da ADPF, se entender pertinente a maioria absoluta dos membros do STF, salvo no caso de recesso, extrema urgência ou perigo de grave lesão, regra prevista no art.5º, § 1º, da referida lei em comento, onde o Ministro relator poderá concedê-la *ad referendum* do Tribunal Pleno. O efeito vinculará a todos juízes e tribunais, *erga omnes*, conforme art. 5º, § 3º.

O relator também poderá conceder o prazo comum de cinco dias para que as autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, se manifestem sobre o pedido de liminar.

Concedida ou não a liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pelo ato questionado, que terão 10 dias para prestá-las, art. 6º da supracitada lei.

Caso entenda necessário, o relator poderá ouvir as partes envolvidas nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perícia ou, ainda, fixar data para que pessoas com experiência e autoridade na matéria objeto da controvérsia sejam ouvidas em audiência pública, conforme disposição do § 1º do art. 6º. Todavia, embora não se admita a intervenção de terceiros, tem-se presente a figura do *amicus curiae*, que dá à ADPF um caráter pluralista e permite ao STF conhecer a questão em toda a sua extensão.

O instituto do *amicus curiae*, conhecido no direito norte-americano, chegou ao ordenamento positivo brasileiro introduzido pela Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999, que dispõe sobre o processo e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade perante o

³¹ Anexo C deste trabalho.

Supremo Tribunal Federal, sendo uma inovação em nosso Direito pátrio³².

Assim vem expresso em seu art. 7º, § 2º da citada lei:

O relator, considerando a relevância de matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Decorrido o prazo das informações, o Ministério Público terá vista dos autos por cinco dias, § 1º do art. 7º. Não há previsão de vista dos autos caso o Ministério Público seja o proponente da ação. Em seguida o relator lançará seu relatório, com cópias para todos os ministros, e pedirá dia para o julgamento, atendendo as disposições do art. 7º da referida lei.

A critério do relator poderão ser autorizadas a sustentação oral ou a juntada de memoriais (art. 6º, § 2º).

A decisão do pleno será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos ministros, sendo 08 dos 11 ministros, *quorum* mínimo de exigência de instalação (art. 8º).

Julgada a ação, o STF comunicará às autoridades ou órgãos responsáveis as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental (art. 10º). O Presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente (§ 1º do art. 10º). No prazo de 10 dias, a contar do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada pelo Diário da Justiça e pelo Diário Oficial da União (§2º do art. 10º).

88

³² A esse respeito, em um caso em que a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil-CNBB requeria sua inclusão como parte interessada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, na condição de *amicus curiae*, para poder se manifestar sobre a matéria, com base no parágrafo 1º do artigo 6º da Lei 9.882/99, o relator Ministro Marco Aurélio indeferiu a pretensão sob o argumento que o pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente (Informações retiradas do sítio www.stf.gov.br no link notícias).

A decisão que julgar procedente ou improcedente a argüição não está sujeita a recurso ou a ação rescisória, tem eficácia contra todos (*erga omnes*) e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público (§3º do art. 10º).

Tendo em vista a análise conjunta do § 3.º do art. 5.º e do § 3.º do art. 10, ambos da Lei n. 9.882/99, tem-se que os efeitos vinculante e *erga omnes* atingem os órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Em razão do efeito vinculante, os juízes e Tribunais deverão proferir decisão compatível com o entendimento do STF sobre a matéria objeto da argüição. Caso a regra não seja observada, cabe Reclamação ao STF (art. 13).

A exemplo do art. 27 da Lei n. 9.868/99, que trata da ADIn, o art. 11 da Lei n. 9.882/99 prevê que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, pelo voto de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir do momento fixado.

O descumprimento da decisão do STF enseja reclamação (art. 102, I, "I", da CF), instrumento que serve para a preservação da competência do Tribunal e para garantir a autoridade de suas decisões.

CONCLUSÃO

A arguição de descumprimento de preceito fundamental foi criada com a finalidade de suprir algumas carências da ADIn que não previu em sua criação a possibilidade de obter do STF decisão sobre validade de Direito Municipal, mas apenas a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual.

A lei 9.882 de 1999 prevê também a possibilidade de arguição para resolver controvérsia constitucional relevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive de direito pré-constitucional.

A Lei nº. 9.882/99 não operou uma extensão na competência do Supremo Tribunal Federal, tendo apenas regulamentado o instituto constitucional, em cumprimento da determinação do próprio Texto Fundamental.

A competência do STF para julgamento da arguição é expressa e a única restrição que parece patente é a concernente a existência de descumprimento de preceito fundamental.

Nem mesmo restrição às normas pré-constitucionais existe. E a hipótese de análise dos atos normativos federais, estaduais, municipais e distritais por meio da arguição inclui, ainda, os anteriores à Constituição.

No entanto, é de se considerar, a possibilidade de, em face da autonomia do Município e de sua capacidade de auto-organização, autogoverno, auto-administração, da qual decorre competência legislativa, suplementar e para assuntos

de interesse local (art. 30, I, II da CF); ocorrer o confronto entre a produção normativa municipal e a própria Constituição Federal.

Como se sabe, reiterada jurisprudência do Pretório Excelso impede a utilização de ação declaratória de inconstitucionalidade contra ato normativo precedente à Constituição, sob o fundamento de que se trata de simples revogação.

Agora, com a previsão expressa dessa possibilidade, ao menos por meio da argüição o direito anterior poderá ser objeto do controle abstrato da constitucionalidade.

Entretanto, interessante registrar a previsão de verdadeira condição de procedibilidade da argüição fundada no art. 1º, parágrafo único, inciso I da Lei nº. 9.882/99.

A subsidiariedade atribuída à argüição de descumprimento de preceito fundamental, em verdade, não encontra justificativa no texto constitucional.

Em momento algum, o constituinte originário atribuiu caráter residual ao instituto, pelo contrário, a ADPF, assim como os demais instrumentos garantidores da supremacia constitucional, possui um campo de atuação nitidamente definido.

Ademais, a destinação conferida pela Constituição, fixa a ADPF como mais um elemento integrante do sistema de controle de constitucionalidade responsável, especificamente, pela proteção dos denominados preceitos fundamentais.

Assim, imprescindível que seja identificado o objeto da proteção específica, definindo o que seria preceito fundamental, para, então, delimitar o alcance do novel instrumento, tarefa esta afeta ao Supremo Tribunal Federal.

Portanto, a subsidiariedade, imposta pelo legislador ordinário, não pode ser encarada como dificuldade intransponível ao emprego da argüição, sob pena de transformar o instituto em letra morta diante da intangibilidade imposta pela jurisprudência.

A propositura da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi reservada exatamente aos mesmos entes legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, tornando a argüição um mecanismo complementar da ação direta de inconstitucionalidade.

Tal controle, que terá eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes, traz proteção imediata e segurança necessária a todo ordenamento jurídico uma vez que, em decisão irrecurável, assenta a constitucionalidade ou não de uma norma.

Nesse contexto, a utilização da ADPF, como método de controle concentrado, será favorável a dirimir as questões que assolam a Corte do país, posto que uma única decisão poderá mandar para o arquivo centenas de ações judiciais, tendo em vista que grande número de processos a serem julgados pela via reflexa no tribunal se refere a Direito pré-constitucional e direito municipal, institutos previstos na nova norma.

A consolidação do uso da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental somou-se às ferramentas do Supremo Tribunal Federal para fazer o controle da constitucionalidade. A ADPF tem efeito vinculante, bem como validade em todos os tribunais, o que impede sentenças contrárias nas instâncias inferiores e, ao mesmo tempo pode suspender processos em andamento até o julgamento final da ação, já que a ADPF permite decisão liminar, fatos estes que resultam em menos recursos e menos processos.

O controle concentrado de constitucionalidade a cada dia ganha maior relevância no estudo da doutrina e jurisprudência brasileiras e estrangeiras, uma vez que fornece instrumentos para que, independente do caso concreto, possa ser questionado e solucionado o conflito de um ato normativo com a Constituição.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cléber Francisco. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social na igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. *Novo olhar - Ministro resolveu sofrimento de mães de fetos sem cérebros*. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/248490/>, 2005. Acesso em: 10 fev. 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*, 1º e 2º volumes. São Paulo: Saraiva, 1988.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

__ . *Curso de Direito Constitucional*. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 32. ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2005.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental e sua regulamentação*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 4, n. 40, mar. 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=238>. Acesso em: 13 jan. 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In:

Vários autores. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Apostamentos de Direito Constitucional*, 3ª edição. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Yuri Carneiro. *Sistema e princípios constitucionais tributários*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1282>. Acesso em: 29 mar. 2006.

COUTINHO, Luiz Augusto, Jornal do Advogado. OAB/SP – *A gestante tem o direito de interromper a gravidez de feto anencéfalo?* Ed. de agosto de 2004. Disponível em : www.oabsp.org.br/jornal/default.htm. Acesso em: 10 fev. 2006.

DELGADO, José Augusto. *A Supremacia dos Princípios nas Garantias Processuais do Cidadão*. In: *As Garantias do Cidadão na Justiça*. Coord. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Jurídicas, 2004.

FABRIZ. Daury Cesar. *Bioética e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, 21ª ed., Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

_. *Estado de Direito e Constituição*. Rio de Janeiro: Saraiva, 1999.

HECK, Luís Afonso. *O recurso constitucional na sistemática jurisdicional-constitucional alemã*. In Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 31, n. 124, outubro/dezembro, 1994.

HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

JUNIOR, Rubens Cartaxo. *O controle de constitucionalidade (atualizado conforme a Emenda Constitucional nº 45/2004)*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 576, 3 fev. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=628>. Acesso em: 28 mar. 2006.

KELSEN. Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, 1991.

LOFY, Willian. *A Ação Afirmativa e o respeito aos princípios de Igualdade e Dignidade da Pessoa Humana*. DireitoNet, São Paulo, 03 mai. 2005. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/24/2024/>. Acesso em: 12 mar. 2006.

MARTINS, Ives Gandra Da Silva. *Eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal, Revista de Processo*. Publicação oficial do IBDP – Instituto Brasileiro de Direito Processual. Ano 25, nº 97, p. 241-250, jan-mar/2000.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros. 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio de igualdade*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_. *Elementos de Direito Administrativo*. 3ª edição. São Paulo: Malheiros. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF)*. Jus Navigandi. Teresina, a. 4, n. 38, jan. 2000. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=235>. Acesso em: 10 mar. 2006.

_. *Controle de constitucionalidade. Aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

_. *Jurisdição Constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.

_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

_. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz*. Revista Jurídica Virtual do Palácio do Planalto, junho de 2000. Disponível em: www.buscalegis.ccj.ufsc.br. Acesso em: 18 dez. 2006.

_. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Parâmetro de Controle e Objeto*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises a luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. Rio de Janeiro: Guanabara, 1938.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

_. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 2ª edição. São Paulo: Atlas S.A., 2003.

_. *Comentários à Lei nº 9.882/99: Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises a luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

MOTTA FILHO, Cândido. *A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. RF, 86:277.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, William. *Controle de Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Consulex, 1999.

NUNEZ, Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia; SARMENTO, Daniel. *STF e anencefalia*. Disponível em: www.folha.com.br 2004. Acesso em: 10 fev. 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: Delineamento do Instituto*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises a luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SALDANHA, Nelson. *Formação da Teoria Constitucional*. São Paulo: Forense,

1983.

SARMENTO, Daniel. Apontamento sobre a *Argüição de descumprimento de preceito fundamental*. In: TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises a luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 2ª edição. São Paulo: RT, 1982.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 18 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, André Ramos. *Argüição de descumprimento de preceito constitucional fundamental: Aspectos essenciais do Instituto na Constituição e na lei*. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). *Argüição de descumprimento de preceito fundamental: análises a luz da Lei nº 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001.

_. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZIMMERMANN, Augusto. *Princípios Fundamentais e Interpretação Constitucional*, artigo Número 9 de Julho 2003. Disponível em: www.achegas.net/numero/nove/augusto_zimmermann_09.htm. Acesso em: 12 mar. 2006.

BIBLIOGRAFIA

PAGANELLA, Marco Aurélio. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no contexto do Controle da Constitucionalidade. Ed. São Paulo. 2004.

TAVARES, André Ramos, ROTHENBURG, Walter Claudius (org.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises a luz da Lei nº 9.882/99. São Paulo: Atlas, 2001.

TAVARES, André Ramos. Tratado da arguição de preceito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2001.

ANEXO A

[LEI No 9.882, DE 3 DE DEZEMBRO DE 1999.](#)

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

II – (VETADO)

Art. 2º Podem propor arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade;

II - (VETADO)

§ 1º Na hipótese do inciso II, faculta-se ao interessado, mediante representação, solicitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental ao Procurador-Geral da República, que, examinando os fundamentos jurídicos do pedido, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo.

§ 2º (VETADO)

Art. 3º A petição inicial deverá conter:

I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;

II - a indicação do ato questionado;

III - a prova da violação do preceito fundamental;

IV - o pedido, com suas especificações;

V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de mandato, se for o caso, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato questionado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta.

§ 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.

§ 2º Da decisão de indeferimento da petição inicial caberá agravo, no prazo de cinco dias.

Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno.

§ 2º O relator poderá ouvir os órgãos ou autoridades responsáveis pelo ato questionado, bem como o Advogado-Geral da União ou o Procurador-Geral da República, no prazo comum de cinco dias.

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.

§ 4º (VETADO)

Art. 6º Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias.

§ 1º Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

§ 2º Poderão ser autorizadas, a critério do relator, sustentação oral e juntada de memoriais, por requerimento dos interessados no processo.

Art. 7º Decorrido o prazo das informações, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os ministros, e pedirá dia para julgamento.

Parágrafo único. O Ministério Público, nas arguições que não houver formulado, terá vista do processo, por cinco dias, após o decurso do prazo para informações.

Art. 8º A decisão sobre a arguição de descumprimento de preceito fundamental somente será tomada se presentes na sessão pelo menos dois terços dos Ministros.

§ 1º (VETADO)

§ 2º (VETADO)

Art. 9º (VETADO)

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

§ 1º O presidente do Tribunal determinará o imediato cumprimento da decisão, lavrando-se o acórdão posteriormente.

§ 2º Dentro do prazo de dez dias contado a partir do trânsito em julgado da decisão, sua parte dispositiva será publicada em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União.

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público.

Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Art. 12. A decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.

Art. 13. Caberá reclamação contra o descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do seu Regimento Interno.

Art. 14. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 3 de dezembro de 1999; 178^o da Independência e 111^o da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

José Carlos Dias

ANEXO B

Ações Diretas de Inconstitucionalidade -- 1988 a 2007*

	1988	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007*	TOTAL
DISTRIBUÍDAS	11	158	255	233	166	162	197	209	159	204	181	187	255	209	205	306	285	258	192	75	3.907
JULGADAS	1	19	33	66	93	121	87	127	123	130	133	100	80	220	281	405	310	258	240	111	2.938
MEDIDAS CAUTELARES JULGADAS	2	90	133	116	131	100	120	156	82	119	86	89	116	58	60	24	-	-	-	-	1.482

Fonte: Secretaria de Informática do STF

* Dados até 30.06.2007

** 90 Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão

Ações Declaratórias de Constitucionalidade -- 1993 a 2007*

	TOTAL
DISTRIBUÍDAS	9
PROCEDENTES	2
NÃO CONHECIDAS	3
TRAMITANDO	4

Fonte: Secretaria de Documentação do STF

* Dados até 30.06.2007

Percentagem de RE e AG em relação aos processos distribuídos

1990 a 1999

ANO	TOTAL PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	AG DISTRIBUÍDOS	% AG / RELAÇÃO PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	RE DISTRIBUÍDOS	% RE / RELAÇÃO PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	SOMA RE + AG	% AG + RE / RELAÇÃO PROCESSOS DISTRIBUÍDOS
1990	16.226	2.465	15,2	10.780	66,4	13.245	81,6
1991	17.567	5.380	30,6	10.518	59,9	15.898	90,5
1992	26.325	7.838	29,8	16.874	64,1	24.712	93,9
1993	23.525	9.345	39,7	12.281	52,2	21.626	91,9
1994	25.868	8.699	33,6	14.984	57,9	23.683	91,6
1995	25.385	11.803	46,5	11.195	44,1	22.998	90,6
1996	23.883	12.303	51,5	9.265	38,8	21.568	90,3
1997	34.289	16.863	49,2	14.841	43,3	31.704	92,5
1998	50.273	26.168	52,1	20.595	41,0	46.763	93,0
1999	54.437	29.677	54,5	22.280	40,9	51.957	95,4
TOTAL ACUMULADO	297.778	130.541	43,8	143.613	48,2	274.154	92,1

2000 a 2009

ANO	TOTAL PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	AG DISTRIBUÍDOS	% AG / RELAÇÃO PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	RE DISTRIBUÍDOS	% RE / RELAÇÃO PROCESSOS DISTRIBUÍDOS	SOMA RE + AG	% AG + RE / RELAÇÃO PROCESSOS DISTRIBUÍDOS
2000	90.839	59.236	65,2	29.196	32,1	88.432	97,4
2001	89.574	52.465	58,6	34.728	38,8	87.193	97,3
2002	87.313	50.218	57,5	34.719	39,8	84.937	97,3
2003	109.965	62.519	56,9	44.478	40,4	106.997	97,3
2004	69.171	38.938	56,3	26.540	38,4	65.478	94,7
2005	79.577	44.691	56,2	29.483	37,0	74.174	93,2
2006	116.216	56.141	48,3	54.575	47,0	110.716	95,3
2007	64.262	31.267	48,7	29.796	46,4	61.063	95,0
2008	-	-	-	-	-	-	-
2009	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL ACUMULADO	706.917	395.475	55,9	283.515	40,1	678.990	96,0

Fonte: Secretaria de Informática do STF

* Dados até 30.06.2007

ANEXO C

ADPF-QO 72 / PA – PARÁ

QUESTÃO DE ORDEM NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 01/06/2005

Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 02-12-2005 PP-00002 EMENT VOL-02216-1 PP-00001Parte(s) ARGTE.(S) : GOVERNADOR DO ESTADO DO MARANHÃO ARGDO.(A/S) : SECRETÁRIA EXECUTIVA DE ESTADO DA FAZENDA

Ementa:QUESTÃO DE ORDEM EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. PORTARIA Nº 156, DE 05.05.05, DA SECRETARIA EXECUTIVA DA FAZENDA DO ESTADO DO PARÁ. FIXAÇÃO, PARA FINS DE ARRECADAÇÃO DE ICMS, DE NOVO VALOR DE PREÇO MÍNIMO DE MERCADO INTERESTADUAL PARA O PRODUTO CARVÃO VEGETAL. ARTS. 150, I, II E V, 152 E 155, § 2º, XII, i, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O ato normativo impugnado é passível de controle concentrado de constitucionalidade pela via da ação direta. Precedente: ADI 349, rel. Min. Marco Aurélio. Incidência, no caso, do disposto no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99; 2. Questão de ordem resolvida com o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade, ante a perfeita satisfação dos requisitos exigidos à sua propositura (legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido), bem como a relevância da situação trazida aos autos, relativa a conflito entre dois Estados da Federação. Decisão: O Tribunal, por unanimidade, resolveu a questão de ordem no sentido de conhecer da ação como ação direta de inconstitucionalidade, devendo os autos retornar à relatora. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Plenário, 1º.06.2005. (fonte: sítio www.stf.gov.br)

ADPF 17 / AP – AMAPÁ

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Relator(a) MIN. CELSO DE MELLO

Partes ARGTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAPÁ
ARGDO. : GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAPÁ

ARGDO. : TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAPÁ Julgamento 20/09/2001Publicação DJ 28/09/2001 P - 00064

Despacho

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (CF, ART. 102, § 1º). AÇÃO ESPECIAL DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE (LEI Nº 9.882/99, ART. 4º, § 1º). EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO APTO A NEUTRALIZAR A SITUAÇÃO DE LESIVIDADE QUE EMERGE DOS ATOS IMPUGNADOS. INVIABILIDADE DA PRESENTE ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO. - O ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), de tal modo que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo, apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado. Precedentes: ADPF 3- CE, ADPF 12-DF e ADPF 13-SP. A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, no entanto, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio em questão, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz e real, a situação de lesividade que se busca neutralizar com o ajuizamento da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental. DECISÃO: O Governador do Estado do Amapá ajuizou a presente argüição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, com o objetivo de obter a declaração de nulidade dos atos de nomeação e de investidura de seis (6) Desembargadores do Tribunal de Justiça local, em ordem a viabilizar - segundo sustenta - a cessação de gravíssimas transgressões que teriam sido praticadas, naquela unidade da Federação, contra princípios constitucionais de valor essencial, consagrados nos arts. 1º, III, e 5º, XXXVII, LIII e LIV, todos da Carta Política (fls. 8/11). Pretende-se, ainda, em consequência da invalidação dos atos em questão, que se restaure o status quo ante, para permitir, ao Chefe do Poder Executivo local, a instalação, em bases legítimas, do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá, com estrita observância do art. 235, incisos V e VI, da Constituição da República (fls. 65). Cabe examinar, preliminarmente, a admissibilidade, no caso, da argüição de descumprimento de preceito

fundamental, em face do que se contém no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que assim dispõe: "Não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade." (grifei) Vê-se, pois, que a argüição de descumprimento de preceito fundamental somente poderá ser utilizada, se se demonstrar que, por parte do interessado, houve o prévio exaurimento de outros mecanismos processuais, previstos em nosso ordenamento positivo, capazes de fazer cessar a situação de lesividade ou de potencialidade danosa resultante dos atos estatais questionados. Foi por essa razão que o Supremo Tribunal Federal, tendo em consideração o princípio da subsidiariedade, não conheceu, quer em sede plenária (ADPF 3-CE, Rel. Min. SYDNEY SANCHES), quer, ainda, em decisões monocráticas (ADPF 12-DF, Rel. Min. ILMAR GALVÃO - ADPF 13-SP, Rel. Min. ILMAR GALVÃO), de argüições de descumprimento de preceito fundamental, precisamente por entender que existiam, no contexto delineado naquelas ações, outros meios processuais - tais como o mandado de segurança, a ação direta de inconstitucionalidade (por violação positiva da Carta Política), o agravo regimental e o recurso extraordinário (que admitem, excepcionalmente, a possibilidade de outorga cautelar de efeito suspensivo) e a reclamação -, todos eles aptos a neutralizar a suposta lesividade dos atos impugnados. Como precedentemente enfatizado, o princípio da subsidiariedade - que rege a instauração do processo de argüição de descumprimento de preceito fundamental - acha-se consagrado no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que condiciona, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à ausência de qualquer outro meio processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade indicada pelo autor. O legislador, ao dispor sobre a disciplina formal desse novo instrumento processual, previsto no art. 102, § 1º, da Carta Política, estabeleceu, no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, que não será admitida a argüição de descumprimento de preceito fundamental, "quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". É claro que a mera possibilidade de utilização de outros meios processuais não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir, revelar-se-á essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se aptos a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade. Isso significa, portanto, que o princípio da subsidiariedade não pode - e não deve - ser invocado para impedir o exercício da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental, eis que esse instrumento está vocacionado a viabilizar, numa dimensão estritamente objetiva, a realização jurisdicional de direitos básicos, de valores essenciais e de preceitos fundamentais contemplados no texto da Constituição da República. Se assim não se entendesse, a indevida aplicação do princípio da subsidiariedade poderia afetar a utilização dessa relevantíssima ação de índole constitucional, o que representaria, em última análise, a inaceitável frustração do sistema de proteção, instituído na Carta Política, de valores essenciais, de preceitos fundamentais e de direitos básicos, com grave comprometimento da própria efetividade da Constituição. Daí a prudência com que o Supremo Tribunal Federal deve interpretar a regra inscrita no art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, em ordem a permitir que a utilização da nova ação constitucional possa efetivamente prevenir ou reparar lesão a preceito fundamental, causada por ato do Poder Público. Essa, porém, não é a situação que se registra na presente causa, eis que o argüente dispõe de meio processual idôneo, capaz de afastar, de maneira efetiva e real, a situação de lesividade que por ele é ora denunciada neste processo. Refiro-me ao instrumento jurídico-processual da ação popular, cuja eficácia neutralizadora do estado de lesividade justifica a sua imediata utilização, por parte de quem dispõe do status activae civitatis, impondo-se ter presente, ainda, por relevante, a possibilidade de outorgar-se, no processo em questão, a pertinente medida liminar destinada a sustar, cautelarmente, a própria execução do ato estatal impugnado (Lei nº 4.717/65, art. 5º, § 4º). De qualquer maneira, no entanto, e independentemente da obtenção de medida liminar, o autor popular tem direito, ação e pretensão à desconstituição judicial de atos cuja validade ético-jurídica esteja em desarmonia com os princípios e os paradigmas de legitimação referidos no art. 5º, LXXIII, da Carta da República. Impõe-se ressaltar, bem por isso, o preciso magistério de ALEXANDRE DE MORAES ("Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei nº 9.882/99", p. 15/37, 26-28, item n. 4, 2001, Atlas), cuja análise do princípio da subsidiariedade - considerada a utilização possível, no caso ora em exame, da ação popular - torna evidente a inadmissibilidade, na espécie, do presente writ constitucional: "A lei expressamente veda a possibilidade de argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade. Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade, desde que haja efetividade em sua utilização, isto é, sejam suficientes para evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental causada pelo Poder Público. Portanto, o

caráter subsidiário da argüição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Exige-se, portanto, para a argüição de descumprimento de preceito fundamental, o esgotamento das vias judiciais ordinárias. Conforme salienta Konrad Hesse, em situação análoga do recurso constitucional alemão, 'essa prescrição contém um cunho do princípio geral da subsidiariedade do recurso constitucional, que na jurisprudência recente ganha significado crescente. Segundo isso, o recurso constitucional só é admissível se o recorrente não pôde eliminar a violação de direitos fundamentais afirmada por interposição de recursos jurídicos, ou de outra forma, sem recorrer ao Tribunal Constitucional Federal. Somente, de forma excepcional, poderá o Supremo Tribunal Federal afastar a exigência do prévio esgotamento judicial, quando a demora para o esgotamento das vias judiciais puder gerar prejuízo grave e irreparável para a efetividade dos preceitos fundamentais.' (grifei) No caso, e ante a exposição objetiva dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, mostra-se evidente que o autor poderia valer-se de outros meios processuais - notadamente da ação popular constitucional - cuja utilização permitir-lhe-ia neutralizar, em juízo, de maneira inteiramente eficaz, o estado de suposta lesividade decorrente dos atos ora impugnados. Como se sabe, a Lei nº 4.717/65, em seu art. 5º, § 4º, autoriza o Poder Judiciário, em sede de ação popular constitucional, a conceder provimento liminar que suste a eficácia e a execução do ato lesivo impugnado, tornando acessível, ao interessado, um instrumento processual apto a sanar, de modo eficaz, a situação de lesividade ora denunciada pelo próprio argüente. Na realidade, a concessão do provimento cautelar - autorizada, até mesmo, initio litis, no processo de ação popular constitucional - visa a impedir que se consumem situações configuradoras de dano irreparável, consoante ressalta o magistério da doutrina (RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, "Ação Popular", p. 135-136, item n. 4.2.2, 1994, RT; J. M. OTHON SIDOU, "Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Popular", p. 356, item n. 231, 5ª ed., 1998, Forense, v.g.). Cabe assinalar, neste ponto, ante a sua extrema pertinência, que os registros processuais do Supremo Tribunal Federal atestam que foi ajuizada, originariamente, perante esta Corte (CF, art. 102, I, "n"), ação popular constitucional, com pedido de medida liminar, destinada a invalidar os atos ora questionados na presente sede processual, apoiando-se, o autor popular, essencialmente, no mesmo elemento causal invocado para justificar a presente ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental (AO 859-AP). Constata-se, desse modo, que o postulado da subsidiariedade, nos termos que vêm de ser expostos, impede o acesso imediato do ora interessado ao mecanismo constitucional da argüição de descumprimento, pois registra-se, no caso, a possibilidade de utilização idônea de instrumento processual específico, apto, por si só, a fazer cessar o estado de lesividade que se pretende neutralizar, tanto que ajuizada, perante o Supremo Tribunal Federal, como anteriormente referido, a AO 859-AP, que busca alcançar igual objetivo ao ora pretendido pelo Senhor Governador do Estado do Amapá. Vê-se, pois, que incide, na espécie, o pressuposto negativo de admissibilidade a que se refere o art. 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, circunstância esta que torna plenamente invocável, no caso, o princípio da subsidiariedade, que atua - ante os fundamentos já expostos - como causa obstativa do ajuizamento imediato da ação constitucional de argüição de descumprimento de preceito fundamental. Sendo assim, e tendo em consideração as razões invocadas, não conheço da presente ação constitucional, restando prejudicado o exame do pedido de medida liminar. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 20 de setembro de 2001. Ministro CELSO DE MELLO Relator 6. (fonte www.stf.gov.br)